Ein Vergleich der Herausgabeansprüche des Eigentümers einer beweglichen Sache aus § 985 (§ 1006) BGB. und des früheren Besitzers aus § 1007 BGB.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Richard Lange

Rechtsanwalt in Berlin.

ACAD.
LAWSD. BAU
BIBL.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1909.

Meinem lieben Vater!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546827_0064

Inhaltsverzeichnis.

Seite

I. Abriß der geschichtlichen Entwicklung 1
II. Die Bestimmungen des 1. Entwurfs 14
III. Die Beschlüsse der 2. Kommission und das Gesetz (Übersicht) . . 17
IV. Die Klagevoraussetzungen.
A. Der Klage aus § 985 (§ 1006) BGB. 24
B. Der Klage aus § 1007 BGB. 42
V. Die Verteidigungsmittel des Beklagten und die Repliken des Klägers 46
VI. Der Inhalt des Anspruchs.
A. Der Klage aus § 985 BGB. 60
B. Der Klage aus § 1007 BGB. 64
VII. Welche Bedeutung kommt der Klage aus § 1007 neben der Klage aus § 985 (§ 1006) zu? 65

Literaturverzeichnis.

Die einzelnen Autoren sind nur mit ihrem Namen zitiert; falls mehrere Werke von ihnen benutzt sind, wird die Zitierweise in Klammern verzeichnet.

Albrecht, Die Gewere als Grundlage des älteren deutschen Sachenrechts. 1828.

Biermann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Sachenrecht. 2. Aufl. Berlin 1903.

Buhl, Das Recht der beweglichen Sachen. Berlin 1901.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 4. Aufl. Jena 1903/04.

Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts. Bd. 1. 5. Aufl. Halle 1894. (Dernburg, Preuß. PrivR.)

Dernburg, Pandekten. Bd. 1. 7. Aufl. Berlin 1902. (Dernburg, Pand.)

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. 3. 4. Aufl. 1908. (Dernburg, Bürgerl. R.)

Eck-Leonhard, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 2. 1. u. 2. Aufl. Berlin 1904.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 8. u. 9. Aufl. Berlin 1905.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. Bd. 2. 2. Aufl. Marburg 1901.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. 7. Aufl. München 1906.

Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht. Bd. 3. 7. Aufl. Berlin 1896.

Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Jena 1897. (Gierke, Fahrnisbesitz.)

Gierke, Deutsches Privatrecht. Bd. 2. Leipzig 1905. (Gierke, PrivR.)

Hedemann, Die Vermutung nach dem Recht des Deutschen Reichs. Jena 1904.

Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Bd. 1. Leipzig 1903.

Heusler, Die Gewere. Weimar 1872.

Homeyer, Des Sachsenspiegels erster Teil. Berlin 1861.

Huber, Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht. Bern 1894.

Kober in v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 3. 4. Aufl. München 1907.

Koppers, Eigentums- und Besitzrechtsklage des früheren Besitzers. In der Deutschen Juristenzeitung 1902 S. 196.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2. Berlin 1899.

Loos, Der Herausgabeanspruch des früheren Besitzers. Breslau 1905.

Mugdan, Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuche. Bd. 3. Berlin 1899.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 4. Aufl. Bd. 1. Berlin 1905.

Pflüger, Die Verfolgung beweglicher Sachen nach dem Entwurfe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. In Jherings Jahrbüchern Bd. 35 S. 451.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 3. Aufl. Berlin 1906.

Petersen, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 5. Aufl. 1903.

Rehbein-Reincke, Allgem. Landrecht. 5. Aufl. 1894.

Schröder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte. 5. Aufl. Leipzig 1907.

Sohm, Institutionen des römischen Rechts. 13. Aufl. Leipzig 1908.

Strohal, Der Sachbesitz nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. In Jherings Jahrbüchern Bd. 38 S. 1ff. (Strohal, Sachbesitz.)

Strohal, Abhandlung im Sächsischen Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß Bd. 8 Heft 6 S. 341ff. Leipzig 1898. (Strohal, Sächs. Arch.)

Strohal, Das deutsche Erbrecht auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 2. 3. Aufl. Berlin 1904. (Strohal, Erbrecht.)

Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts. 3. Aufl. Bd. 2, 1. Berlin 1896.

Stölzel, Schulung für die zivilistische Praxis. 3. Aufl. 1898.

Volk, Anspruch des früheren Besitzers aus § 1007. Jena 1903.

Wach, Der Feststellungsanspruch. Leipzig 1898.

Wendt, Der mittelbare Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 87 S. 40ff.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 1. 9. Aufl. Frankfurt a. M. 1906.

Wackernagel, Das Landrecht des Schwabenspiegels in der ältesten Gestalt. Zürich 1840.

I. Abriß der geschichtlichen Entwicklung.

Sobald die Rechtsordnung gesondertes Privateigentum anerkennt, muß sie folgerichtig auch Maßnahmen treffen, die den einzelnen Volks- und Rechtsgenossen instand setzen, sein Eigentum, d. h. die ihm gehörigen Sachen, bewegliche und unbewegliche, gegen den unbefugten Eingriff anderer zu wahren. Sein Eigentum muß ihm von der Rechtsordnung als unverletzlich verbürgt und bei Verletzung dieses seines Rechts ein Anspruch darauf gegeben werden, dasselbe wiederherzustellen. Besteht die Verletzung in der Entziehung der Sache selbst, so muß dem Eigentümer ein Anspruch auf Herausgabe der Sache gewährt werden.[1])

Aus diesen Erwägungen heraus wurde die rei vindicatio des römischen Rechts geboren, die den doppelten Zweck hatte, dem klagenden Eigentümer die Wiedererlangung der ihm vorenthaltenen Sachen zu erwirken und außerdem sein Eigentum daran durch Urteil festzustellen.[2]) Doch war dieser Rechtsbehelf für den Eigentümer von sehr problematischer Natur. Lag ihm, wenn er den gegenwärtigen Besitzer der Sache gerichtlich belangte und dieser das Eigentum des Klägers bestritt, doch ob, den Beweis seines Eigentums zu führen. Hatte er nun die Sache nicht originär erworben, so genügte es nicht, daß er seinen eigenen Eigentumserwerb nachwies, vielmehr mußte er auch den seiner Rechtsvorgänger darlegen.[3]) Denn nur dann

---

[1]) Die nur possessorischen Rechtsbehelfe, die den Anspruch auf bloßen Besitz basieren und nur den Zweck haben, die rein tatsächliche Herrschaft über die Sache wiederherzustellen, liegen außerhalb des Rahmens der vorliegenden Arbeit und sind daher zu übergehen.

[2]) vgl. Kuhlenbeck S. 552f.; Dernburg, Pand. § 226 S. 531; Dernburg, Bürgerl. R. § 119 S. 419.

[3]) vgl. Sohm § 65 S. 391; Dernburg, Pand. § 226 S. 531; Windscheid-Kipp § 196 S. 1001; auch Anm. 3 das. sogen. probatio diabolica.

konnte ihm sein auctor und diesem wieder dessen auctor usf. Eigentum verschaffen, wenn diese selbst Eigentümer gewesen waren. Die Unzulänglichkeit dieses Rechtsbehelfes der rei vindicatio für den klagenden Eigentümer infolge dieses sehr schwer, ja oft unmöglich zu führenden Beweises seines Eigentums machte sich daher schon frühe bemerkbar. Vollends seit die Prätoren, die das alte Recht den gesteigerten Verkehrsbedürfnissen mit Erfolg anzupassen bemüht waren, auch die den Anforderungen des jus civile nicht entsprechende Veräußerung der res mancipi durch Gewährung der exceptio rei venditae et traditae gegen den klagenden Veräußerer rechtswirksam gemacht hatten,[4]) erheischte die Notlage des Eigentümers gebieterisch Abhilfe. Die Prätoren griffen zu dem im römischen Recht oft verwendeten Mittel der Fiktion. Hatte der Kläger die Sache, deren Herausgabe er verlangte, nur justo titulo und bona fide[5]) erworben, so wurde bei der actio Publiciana fingiert, daß die zur Ersitzung erforderliche Zeit bereits abgelaufen sei.[6]) Der publizianische Besitzer wurde daher bei Verfolgung seines

[4]) vgl. Sohm § 62 S. 366.

[5]) Für das gemeine Recht verlangte Windscheid (s. Windscheid-Kipp § 199 S. 1018) im Anschluß an die Forderung des kanonischen Rechts auch Fortdauer der bona fides während der ganzen Besitzzeit. Dernburg (Pand. S. 537) verneint ein derartiges Erfordernis. Eine solche Forderung wäre auch unbillig. Während nämlich die Kenntnis der einen Eigentumserwerb ausschließenden Tatsachen beim Besitzerwerbe den Besitzer schuldhaft erscheinen läßt, könnte in der nachträglich erlangten Kenntnis ein Verschulden doch nicht erblickt werden. Ein solches hätte nur dann vorliegen können, wenn man den Besitzer durch Gesetz etwa verpflichtet hätte, sobald er die Kenntnis erlangt habe, einen Regreßanspruch gegen seinen auctor zu erheben, er dies aber nicht getan hätte, obwohl die Möglichkeit vorgelegen habe, seinen Anspruch auch mit Erfolg durchzusetzen. Dies alles hätte der Beklagte beweisen müssen. Wo aber bliebe die juristische Logik, wenn man in einem Falle nur mit, im andern ohne Verschulden, vielleicht lediglich infolge der durch einen Zufall erlangten nachträglichen Kenntnis dem Besitzer die Stellung des publizianischen Besitzers hätte absprechen wollen?

[6]) vgl. dazu die weiteren Ausführungen bei Sohm § 66 S. 400 ff.; Dernburg, Pand. § 228 S. 536 ff.; Windscheid-Kipp § 199 S. 1015 ff. sowie die Bemerkungen bei Endemann § 46 S. 248 Anm. 2; Dernburg, Bürgerl. R. § 124 S. 384; Förster-Eccius § 164 S. 112.

Herausgabeanspruchs wie ein Eigentümer behandelt. Freilich hatte diese Klage nicht den vollen Erfolg der rei vindicatio: Ein Eigentum des Klägers an der Sache konnte durch den Richter im Urteil nicht anerkannt werden. Dem Beklagten stand gegenüber der Klage der Nachweis eigenen Eigentums oder eines eigenen publizianischen Besitzes an der Sache offen. Vermochte der Beklagte eignen publizianischen Besitz darzutun, wies er ferner nach, daß ihm die strittige Sache von demselben Tradenten, und zwar eher als dem Kläger übergeben worden war, so hatte er im publizianischen Besitz den Vorrang vor dem Kläger. Diesem blieb nunmehr nichts anderes übrig, als zur Begründung seines Anspruchs auf sein Eigentum zurückzugreifen und dieses zu beweisen.[7])

Das gemeine Recht blieb auf diesem Standpunkt stehen, es hat die Schwierigkeiten, die für den Kläger, der die Herausgabe einer Sache verlangte, auch bei der actio Publiciana immer noch in dem von ihm erforderten Nachweise redlichen und titulierten früheren Besitzes bestanden,[8]) nicht zu überwinden vermocht.[9])

Solche Schwierigkeiten hatte das deutsche Recht, das in der vorliegenden Materie einen ganz anderen Weg eingeschlagen hatte als das römischgemeine Recht, nicht zu besiegen gehabt. Während in diesem der scharfe Gegensatz zwischen dem absoluten dinglichen Recht des Eigentums und dem allein die tatsächliche Sachherrschaft repräsentierenden Besitz das ganze Sachenrecht beherrschte, war für das deutsche Recht der Begriff der Gewere

---

[7]) vgl. Sohm § 66 S. 401; Dernburg, Pand. § 228 S. 538.

[8]) Cosack § 215 IV, 2b S. 181.

[9]) Von der Ausbildung des mittelalterlichen possessorium ordinarium und der kanonischen actio spolii, die zeitweise petitorischen Charakter annahmen und sich der später zu behandelnden deutschrechtlichen Klage stark annäherten (vgl. Gierke, Fahrnisbesitz S. 46f.), ist hier deshalb nicht zu handeln, weil es der romanistischen Schule unter Führung Savignys gelang, dem possessorium ordinarium seinen rein possessorischen Charakter durch Rückführung auf das Interdictum Uti Possidetis, aus dem es hervorgegangen war, wiederzugeben und die actio spolii, deren Ausdehnung übrigens dauernd strittig war, zugunsten des römischrechtlichen und ebenfalls nur possessorischen interdictum Unde Vi zurückzudrängen.

grundlegend und maßgebend. Ihre rechtliche Natur erkannt zu haben, ist ein Verdienst des vorigen Jahrhunderts. Seit der eingehenden Untersuchung durch Albrecht[10]) haben bedeutende Germanisten, wie namentlich Heusler und Huber,[11]) dieser Erscheinung des deutschen Rechts ihre Aufmerksamkeit geschenkt und deren Wesen ergründet. Aber während Albrecht die Gewere mit dem materiellen Recht an der Sache nahezu identifizierte,[12]) haben neuere Forscher in berechtigter Ablehnung dieser Auffassung ihrerseits dem Begriffe einen sachenrechtlichen Inhalt mehr oder weniger abgesprochen und ihn dem der possessio annähern wollen.[13]) Zwar ist diese Deutung insofern richtig, als Gewere einmal die tatsächliche Sachherrschaft bedeutet, aber damit ist der Inhalt des Begriffes nicht erschöpft, vielmehr enthält er gleichzeitig auch „Rechtsbeziehungen zur Sache", und somit wurde die Gewere „ein selbständiges Rechtsverhältnis, das sich zur allgemeinen Erscheinungsform des materiellen Sachenrechts erheben und je nach der Beschaffenheit des zur Erscheinung gebrachten dinglichen Rechts differenzieren konnte".[14]) Der Inhaber einer

[10]) Albrecht, Die Gewere als Grundlage des ältesten deutschen Sachenrechts 1828.

[11]) Heusler, Die Gewere 1872; Huber, Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht 1894; man vergleiche ferner die einschlägigen Ausführungen in den Lehrbüchern des deutschen PrivR. und der deutschen Rechtsgeschichte.

[12]) So sagt er z. B. a. a. O. S. 125: „Suchen wir für den Begriff der Gewere ... einen ihm entsprechenden, welcher ihn unserem heutigen Recht näherbringt, so bietet sich ein solcher in dem Begriff der Dinglichkeit dar. Gewere ist dasjenige, was einem Verhältnisse der Person zur Sache dingliche Wirksamkeit, d. h. eine dingliche Klage oder Sicherheit gegen die dingliche Klage eines andern gibt.

[13]) So sagte Schröder a. a. O. (2. Aufl. S. 686) geradezu: „Gewere bedeutete Besitz"; in der neuen Auflage (S. 733ff.) hat er diesen Satz weggelassen, setzt Gewere gleich Gewahrsam und hat sich mehr dem auch hier vertretenen Standpunkt, wie ihn namentlich Huber und Gierke entwickelt haben, genähert.

[14]) Gierke, Fahrnisbesitz S. 2. Kurz vorher nennt Gierke die Gewere das von der Rechtsordnung als formale Sachherrschaft anerkannte Verhältnis der Person zur Sache. Ähnlich kennzeichnet Huber die Gewere a. a. O. S. 15 u. 48.

Gewere erscheint daher immer auch als Inhaber eines Rechts an der Sache, solange wenigstens, bis ihm infolge Fehlens eines für ihn vermuteten Rechts die Gewere durch einen andern im Prozeß entzogen wird.[15]) Die Gewere selbst ist, wie Gierke[16]) sich ausdrückt, gleichsam „das Kleid des Sachenrechts", die Erscheinungsform des Rechts des Gewereinhabers in der Rechtswelt.

Da das Recht selbst hinter der Gewere vollständig verschwand, so war es natürlich, daß, um den Inhaber eines Rechts in dessen Ausübung und Erhaltung zu schützen, es nicht eines Schutzes des Rechts selbst, sondern der dieses verdeckenden Gewere bedurfte. Damit ist die Gewere auch der Klagegrund aller dinglichen Klagen geworden; eine Klage, die sich auf das dingliche Recht direkt gestützt hätte, kannte das deutsche Recht nicht. Derjenige also, der die Herausgabe einer Sache verlangte, mußte sich auf seine frühere Gewere berufen und den Nachweis der Unrechtmäßigkeit der Gewere des jetzigen Gewereinhabers anbieten. Freilich mußte auch dem Beklagten als derzeitigem Gewereinhaber der Beweis seiner Berechtigung zustehen und unter Umständen ihm zuerst, da ja seine Gewere ebenfalls den Schein des Rechts für sich hatte. Der Beweis des Rechts an der Sache war daher ein relativer. Welche der Parteien den Umständen nach als besser berechtigt erschien, die war näher zum Beweise,[17]) das war besonders zu der Zeit von ausschlaggebender Bedeutung, wo der Beweis durch den Eid der Partei allein oder mit Eideshelfern erbracht wurde. Aber auch, als im Mittelalter aus den Eideshelfern, wenigstens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, Zeugen geworden waren, „die aus eigener Wissenschaft aussagten",[18]) konnte es für den Beklagten wichtig werden, wenn seine Gewere als die stärkere anerkannt und deshalb seine Zeugen zuerst gehört wurden. So sagt z. B. der Sachsenspiegel, wo er von dem Verfahren bei der Zurückforderung geraubten oder gestohlenen Gutes handelt:

---

[15]) Gierke a. a. O. S. 9; Kuhlenbeck S. 472.
[16]) Gierke a. a. O. S. 2.
[17]) vgl. Förster-Eccius § 164 S. 113.
[18]) vgl. Schröder S. 793.

„Sprikt aver jene (d. h. der, bei dem das angeblich gestohlene oder geraubte Gut gefunden wurde) dar weder, of it laken is, he hebbe't geworcht laten of it en perd is oder ve, he hebbet in sime stalle getogen, he mut it mit mereme rechte behalden jene die it in geweren hevet, of he't selve dridde siner gebure getügen mach, denne jene de't anegevanget hevet".[19])

Der Beklagte ist hier näher zum Beweise.

Während im deutschen Recht unter den später zu erwähnenden Voraussetzungen jeder, der einmal die Gewere an der Sache gehabt hatte, mochte er nun Eigentümer oder Mieter oder dgl. gewesen sein, kurz jeder frühere Gewereinhaber der Sache, eben auf Grund dieser früheren Gewere den Anspruch auf Herausgabe geltend machen konnte,[20]) stand er im römischen Recht nur dem Eigentümer oder dem publizianischen Besitzer, dessen Eigentumserwerb fingiert wurde, zu. Während ferner das römsiche Recht den Grundsatz aufgestellt hatte: „Ubi rem meam invenio, ibi vindico", hat das deutsche Recht den Anspruch auf Herausgabe beweglicher Sachen nur mit folgenden Beschränkungen zugelassen.

Die ältesten Herausgabeansprüche waren für den Fall gegeben, daß dem Kläger die in seiner Gewere befindlich gewesene Sache durch Diebstahl oder Raub abhanden gekommen war. Es handelte sich hierbei um einen wesentlich deliktischen Anspruch, der sich deshalb zuerst entwickelte, weil das älteste Recht nur den Strafprozeß kannte.[21]) Dieser wurde aber bald auch für die Verfolgung anderer Ansprüche dienstbar gemacht, indem man davon ausging, daß der Anspruchsgegner, wenn er der an ihn gerichteten Aufforderung, den Anspruch zu befriedigen, nicht nachgekommen war, sich ein strafrechtlich verfolgbares Unrecht hatte zuschulden kommen lassen. Daher wurde auch hier immer

---

[19]) Homeyer II Art. 36 § 3 S. 264f.; ähnlich im Schwabensp., LR. Art. 265 bei Wackernagel S. 246ff.

[20]) vgl. Stobbe-Lehmann § 92 S. 251; Kuhlenbeck S. 472.

[21]) vgl. Schröder S. 85. Zur Zeit des Sachsenspiegels war freilich die Anefangsklage, wie die angezogene Stelle ergibt, schon zu einer Klage des Zivilrechts geworden.

bei einer Verurteilung neben der Verpflichtung, den klägerischen Anspruch zu befriedigen, eine solche zur Zahlung einer Buße ausgesprochen.[22])

Andererseits beschränkte das deutsche Recht die Herausgabeansprüche auch noch das ganze Mittelalter[23]) hindurch durch den in den Rechtssprichwörtern: „Hand wahre Hand" und „Wo man seinen Glauben gelassen hat, da muß man ihn wieder suchen"[24]) niedergelegten Grundsatz. Nur von dem, dem man die Gewere an der Sache anvertraut, sei es, daß man ihm die Sache vermietet, verpfändet oder in Verwahrung gegeben hatte, wie es der Sachsenspiegel ausdrückt: „Sve dem anderen sin varende gut lit, oder sat, oder to behaldene dut . . .",[25]) konnte man die Sache zurückfordern. Gegen einen Dritten, der das varende gut von dem Vertrauensmanne erhalten hatte, hatte man keinen Anspruch, auf die Treue und Redlichkeit seines Gewährsmannes allein, auf den diesem geschenkten „Glauben" durfte man sich verlassen. Ja auch, wenn dem Gewährsmanne die Sache gestohlen oder geraubt worden war, hatte man doch nur einen Anspruch gegen diesen, nicht etwa gegen den Dieb oder Räuber.[26]) Diesem gegenüber konnte nur der Gewährsmann selbst klagbar werden. Doch gab der Schwabenspiegel[27]) in diesem Falle dem Eigentümer dann den Anspruch, wenn der Gewährsmann bereits verstorben war, und nach dem Sachsen-

---

[22]) vgl. Schröder S. 85.

[23]) vgl. Schröder S. 788. Erst im Mittelalter schied das deutsche Recht den bürgerlichen Rechtsstreit vom Strafprozeß.

[24]) vgl. Förster-Eccius § 180 S. 282; Gierke, Fahrnisbesitz S. 13; Schröder S. 729.

[25]) Homeyer I Art. 15 § 1 S. 171.

[26]) vgl. dazu Sachsensp. II Art. 60 bei Homeyer S. 288f.: Svelk man enen anderen liet oder sat perde . . . oder ienegerhande varende have, to svelker wis he die ut von sinen geweren let mit sime willen, verkoft sie die, die sie in geweren hevet, oder versat he sie, oder . . . wert sie ime gestolen oder afgerovet; jene die sie verlegen oder versat hevet, die ne mach dar nene vorderunge up hebben, ane uppe den deme he sie leich oder versatte.

[27]) Nach Schröder S. 729 Anm. 8.

spiegel [28]) konnte man sein Recht auch gegen den Erben dessen verfolgen, dem man die Sache überlassen hatte.

Der Kreis der Ansprüche der ersteren Art, die das gemeinsame Charakteristikum hatten, daß dem Ansprucherhebenden die Gewere wider seinen Willen entzogen worden war, wurde jedoch nach und nach erweitert. So wurde der Anspruch auch gegeben, wenn man eine Sache verloren hatte, so gibt ferner der Sachsenspiegel einen Anspruch auch gegen den, der fremde Sachen aus Irrtum genommen hatte: „Svie des anderen svert oder . . . ander gut svat it si vor dat sine nimt unde dat sine dar let; halt he it denne in deme wane dat it sine si unverholen . . ., anevangen mach man't wol unde under ime beklagen".[29]) Schließlich wurde der Herausgabeanspruch dieser Art dahin verallgemeinert, daß er immer zugelassen wurde, sobald nur der Ansprucherhebende seinen Anspruch auf einen unfreiwilligen Verlust seiner Gewere gründete.

Während also einerseits bei freiwillig aufgegebener Gewere der Anspruch gegen einen Dritten, mochte er auch die Gewere bösgläubig erworben haben, im allgemeinen versagt blieb, war er andererseits bei unfreiwilligem Verlust der Gewere unbeschränkt gegeben. Ein dritter oder fernerer Erwerber, mochte er auch von dem unfreiwilligen Verluste der Gewere seitens deren früheren Inhabers keine Kenntnis haben, unterlag doch dessen Herausgabeanspruch. Zu Zeiten und an Orten eines gesteigerten Güteraustausches, also namentlich in den Städten, empfand man diese Ausdehnung infolge der dadurch hervorgerufenen Verkehrsunsicherheit als zu weitgehend.[30]) In den Stadtrechten finden sich daher einschränkende Vorschriften, z. B. daß derjenige, der eine Sache auf öffentlichem Markte gekauft hatte, gegen die Fahrnisklage geschützt war, wenn er die Mangelhaftigkeit der Gewere seines ihm unbekannten Verkäufers nicht

---

[28]) vgl. Homeyer II Art. 60 § 2 S. 289: Stirft aver jene rechtes dodes oder unrechtes, so ti he sik to sime gude mit rechte jegen den erven . . . of it an in geboret.

[29]) Sachsensp. III Art. 89 bei Homeyer S. 388.

[30]) vgl. Stobbe-Lehmann S. 257; Gierke, Deutsches PrivR. S. 557.

gekannt hatte, oder daß der redliche Erwerber Waren, die über See gekommen waren, überhaupt nicht herauszugeben brauchte.[31])

Andererseits erwies sich der Satz: „Hand wahre Hand" als zu eng, und hier half das lübische Recht z. B. insofern, als es die Verfolgung zu getreuen Händen hingegebener Sachen auch gegen Dritte zuließ, dem Dritten aber den berühmten Lösungsanspruch gab, der seine Verpflichtung zur Herausgabe davon abhängig machte, daß der ihn Belangende ihm den von ihm für die Sache gezahlten Preis vergütete. Doch blieb solche Erscheinung vereinzelt, sie konnte allgemeinere Geltung schon aus dem Grunde nicht erlangen, weil mit der Rezeption des römischen Rechts dessen Grundsätze dem alten deutschen Recht im Kampfe entgegentraten und, unterstützt durch die Bestimmungen der Reichskammergerichtsordnungen, die den Richtern dessen Anwendung auferlegten, die Geltung des alten deutschen Rechts, das sich zudem in viele Partikular- und Stadtrechte zersplittert hatte und deshalb einer Einheitlichkeit entbehrte, zurückdrängten. Freilich hat das deutsche Recht bei der Aufnahme der Maximen des römischen Rechts vielfach abändernd mitgewirkt, doch erst der Zeit des Aufstrebens und der Erringung größerer Selbständigkeit, insbesondere der höchster Landesgerichtsbarkeit seitens der Einzelstaaten gegenüber dem Gesamtstaate, blieb es vorbehalten, das in deren Partikularrechten, wenn auch hier den Einflüssen des römischen Rechts nicht entzogene, vielmehr gerade unter dessen berechtigter Einwirkung weiter entwickelte, aber doch in seiner Eigenart treulich gehütete deutsche Recht einer Periode neuer Blüte und allgemeinerer Geltung entgegenzuführen.

---

[31]) vgl. die bei Schröder S. 729f. hierzu gemachten Ausführungen, auch über die Entwicklung des von ihm erwähnten Judenprivilegs, wonach ein Jude, falls er redlicher Besitzer war, von dem Ansprucherhebenden den Ersatz dessen, was er dafür gegeben hatte, verlangen konnte. Hierzu Sachsensp. III Art. 7 § 4: . . . Svat die jode koft . . . unverholen unde unverstolen bi dages lichte unde nicht in besloteme hus, mach he dat getügen selve dridde, he behalt sine penninge dar an, die he dar umme gaf oder dar up dede, mit sinem eide, of it wol verstolen is (bei Homeyer S. 307).

Betrachten wir die Ausbildung, die der Anspruch im allgem. Landrecht für die preußischen Staaten gefunden hat.[32])

Es kannte zunächst für den „wahren" Eigentümer in § 1 I, 15 den auf dessen Eigentumsrecht beruhenden Anspruch, eine Sache zurückzufordern, wo er sie findet. Indem hier das preußische Recht sich dem obenerwähnten Grundsatze des römischen Rechts anschloß, vermied es doch dessen Härte einmal dadurch, daß es den Lösungsanspruch des lübischen Rechts aufnahm. Diesen konnte der belangte redliche Besitzer einmal geltend machen, wenn er die Sache „von einer unverdächtigen Person durch einen lästigen Vertrag", d. h. entgeltlich erworben,[33]) sowie dann, wenn er sie auf „Messen oder Märkten oder sonst von Leuten, welche Sachen dieser Art unter obrigkeitlicher Erlaubnis feilhalten", gekauft hatte.[34]) Sodann aber schloß es die Vindikation, indem es hier im deutschen Recht bereits angebahnte Gedanken[35]) weiterführte, aus Gründen der Verkehrssicherheit dann ganz aus, wenn die Sache, die der Beklagte im Besitz hatte, von diesem in öffentlicher Versteigerung oder vom Fiskus oder im Laden eines Kaufmanns gekauft worden war.[36]) Auch bares Geld oder Inhaberpapiere, selbst wenn sie noch unterscheidlich bei dem Beklagten aufbewahrt wurden, konnten, falls sie nur entgeltlich übertragen worden waren, nicht mehr zurückgefordert werden.[37])

Neben dieser so unter deutschrechtlichem Einflusse modifizierten rei vindicatio kannte aber das allgem. Landrecht eine Klage des besser berechtigten früheren Besitzers gegen den schlechter berechtigten gegenwärtigen.[38]) Diese Klage war unter

---

[32]) Nur auf dieses Gesetzbuch, das uns seines Geltungsbereiches wegen am nächsten liegt, sei hier des näheren eingegangen. Für das Recht anderer neuerer Kodifikationen vgl. man unten S. 14 Anm. 54.

[33]) vgl. ALR. I, 15 §§ 25 f.

[34]) vgl. § 44 h. t.

[35]) vgl. oben S. 8 f.

[36]) vgl. §§ 42, 43 h. t. Die Bestimmung des § 43 findet sich heute im § 366 HGB.

[37]) vgl. §§ 45—47 h. t.

[38]) vgl. ALR. I, 7 § 161. Inwiefern das unter deutschrechtlichem Einflusse umgebildete possessorium ordinarium für die Entstehung der Klage

der Einwirkung derselben Gedanken entstanden, die der deutschrechtlichen Fahrnisklage zugrunde lagen, daß es zur Begründung des Herausgabeanspruchs des Klägers in erster Linie auf die besonderen Tatsachen, die seinen Besitzverlust herbeigeführt haben, ankomme, während die Frage nach einem Recht des Klägers an der Sache zurücktrat. Der Anspruch war ebenso wie der deutsche ein petitorischer. Hier wie dort wurde mit der Klage die Frage nach dem Recht zum Besitze entschieden, das Urteil über die Herausgabe der Sache brachte keine nur vorläufige, sondern eine endgültige Entscheidung zwischen den Parteien. Wie die deutsche Klage sich auf die Gewere, die, wie bereits erwähnt, nur die Erscheinungsform des ihr zugrunde liegenden dinglichen Rechts war, stützen mußte, da nur unter dieser Verkleidung die Geltendmachung eines dinglichen Rechts möglich war, und die Klage daher eine dingliche war, so war es auch die des preußischen Rechts.[39]) Auch das Moment der Relativität hatte das preußische Recht aus dem deutschen übernommen. Der relativ besser Berechtigte drang im Rechtsstreite mit seinem Anspruch auf die Sache durch, aber das, was sich als das bessere Recht erwies, war das absolute dingliche Recht. Wer den Beweis seiner besseren Berechtigung erbracht hatte, hatte damit eben erwiesen, daß ihm das absolute dingliche Recht an der Sache zustehe, er ging als Sieger aus dem Streite um die Sache hervor.[40]) Endlich konnte, wie im deutschen Recht,

---

etwa maßgebend war, kann hier dahingestellt bleiben. Es genügt, festzustellen, welche Elemente dieser Klage deutschrechtlichen und römisch-gemeinrechtlichen Ursprungs sind, da ja das possessorium ordinarium seinen eine Zeitlang behaupteten petitorischen Charakter auch nur der Verschmelzung der Grundsätze des römischen Interd. U. P. mit deutschrechtlichen bei der oben geschilderten Fahrnisklage ausgebildeten Gedanken verdankt. Vgl. auch oben Anm. 9 S. 3. Es sei ferner auf die Ausführung bei Dernburg, PrivR. Bd. 1 S. 608 und Förster-Eccius S. 116, auch Anm. 17 daselbst verwiesen.

[39]) Dies ist zwar auch für das deutsche Recht vielfach bestritten. Man vergleiche jedoch hierzu u. a. die Ausführungen bei Stobbe-Lehmann S. 251; Förster-Eccius S. 116 sowie S. 122; Gierke, Fahrnisbesitz S. 48f.

[40]) vgl. Förster-Eccius S. 115ff.

jeder den Anspruch geltend machen, der nur einmal, ganz gleich aus welchem Grunde, Besitzer der Sache, ja bloßer Innehaber gewesen war.

Neben diesen deutschrechtlichen Nachwirkungen hatte auch das römischgemeine Recht Einfluß auf die Klage dadurch gewonnen, daß außer der tatsächlichen Feststellung, daß der Kläger früheren eigenen Besitz an der Sache gehabt habe, auch erfordert wurde, daß dieser Besitz ein redlicher und rechtmäßiger gewesen sei.[41]) Freilich wurde durch dieses Erfordernis der Kläger kaum beschwert. Nach § 179 ALR. I, 7 hatte nämlich der Besitzer „die Vermutung der Rechtmäßigkeit und Redlichkeit seines Besitzes für sich", er hatte also im allgemeinen weder „den Titel seines Besitzes anzugeben noch nachzuweisen" (§ 180 h. t.). Diese Vermutung aber kam auch dem Kläger, wenn er sich als früherer Besitzer erwiesen hatte, zugute.[42]) Er mußte jedoch weiter nachweisen, daß ihm das bessere Besitzrecht an der Sache oder, negativ ausgedrückt, dem Beklagten ein schlechteres zustehe. Diesen Erfolg konnte er auf doppeltem Wege erreichen, entweder er wies nach, daß der Beklagte unredlicher Besitzer sei, d. h. betreffs der Berechtigung auf seinen Besitz nicht in gutem Glauben sei — auch dies eine Einwirkung des römischgemeinen Rechts —. Dadurch machte er auch die ebenfalls für den Beklagten sprechende Vermutung der Redlichkeit aus § 179 ALR. I, 7 zunichte, und der Beklagte als der unredliche Besitzer mußte dem Kläger weichen,[43]) ganz gleich, aus welchem Titel er zu besitzen behauptete. Oder der Kläger wies statt dessen nach, daß er den Besitz der Sache durch Gewalt, List oder Betrug oder sonst irgendwie ohne seinen Willen verloren hatte. In diesem Falle war der Beklagte verpflichtet, seinen Besitztitel und seinen auctor anzugeben[44]) und seine diesbezüg-

---

[41]) vgl. ALR. I, 7 §§ 161, 177; Dernburg, Preuß. PrivR. S. 608.

[42]) vgl. Dernburg a. a. O. S. 609. Betreffs der diese Vermutung überwindenden Vermutung der Freiheit der Person und des Eigentums vgl. §§ 181 f. h. t.

[43]) vgl. ALR. I, 7 § 178.

[44]) vgl. § 184 h. t. u. ALR. I, 15 § 34.

lichen Bekundungen auch zu beweisen.[45]) Konnte er das nicht, so mußte er die Sache unentgeltlich herausgeben, ohne daß er jedoch als unredlicher Besitzer angesehen wurde und die solchem obliegenden weiteren Verpflichtungen zu erfüllen gehabt hätte.[46]) Entzog er sich jedoch trotz richterlicher Aufforderung seiner Angabeverpflichtung, so war er für einen unredlichen Besitzer zu erachten, und es trafen ihn alle Nachteile, die einem solchen gegenüber dem redlichen Besitzer zur Last fielen.[47])

Kam der Beklagte seiner Verpflichtung jedoch nach, erwies er sich ebenfalls als ein redlicher und rechtmäßiger Besitzer,[48]) so mußte nunmehr auch der Kläger den Nachweis erbringen, daß sein Recht zum Besitze der Sache ein stärkeres sei als das des Beklagten. Das allgem. Landrecht hatte für die Stärke einer Besitzberechtigung bestimmte Vorschriften aufgestellt. Vom bloßen Inhaber, der im Besitzstreite nur den besiegte, der ohne allen Rechtsgrund besaß, anfangend[49]) steigerte sich die Kraft der Besitzberechtigung bis hinauf zum Eigentümer, als dem, der das stärkste Besitzrecht hatte.[50]) Dazwischen standen gegenüber dem bloßen Inhaber der befugte Besitzer,[51]) ferner der unvollständige Besitzer, der, „solange sein Besitzrecht dauert", weder dem vollständigen Besitzer noch dem Eigentümer weichen mußte im Gegensatz zum vollständigen Besitzer,[52]) wobei man wieder den titulierten und nichttitulierten unterschied. Führten aber Kläger und Beklagter ihren Besitztitel auf denselben Rechtsvorgänger zurück, so drang der Kläger nur dann durch, wenn

---

[45]) Über den Streit, ob dieser Beweis erforderlich ist oder nicht, vgl. Förster-Eccius S. 119 Anm. 30.

[46]) vgl. ALR. I, 15 §§ 37 f..

[47]) ALR. I, 7 § 186 u. I, 15 § 37.

[48]) Auch dem Beklagten kam hierbei die oben S. 12 f. erwähnte Vermutung, bezüglich der Rechtmäßigkeit seines Besitzes wenigstens, zustatten. Vgl. ALR. I, 7 § 187. Aber es würde auch ohne diese ausdrückliche Vorschrift so zu entscheiden sein.

[49]) ALR. I, 7 § 162. Über den Begriff des bloßen Inhabers vgl. §§ 1 f. h. t.

[50]) ALR. I, 7 § 175; man vgl. auch die näheren Ausführungen bei Förster-Eccius S. 117 f.

[51]) ALR. I, 7 § 163.

[52]) §§ 169 ff. h. t.; über die Begriffe vgl. §§ 6 ff. h. t.

er den früheren Besitz der Sache erlangt hatte, ohne von dem etwaigen älteren Besitztitel des Beklagten Kenntnis gehabt zu haben, den Besitz also vor dem Beklagten gutgläubig angetreten hatte.[53] [54]

II. Die Bestimmungen des I. Entwurfs.

Das im vorgehenden Abschnitt behandelte Material etwa lag der 1. Kommission zur Ausarbeitung eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich in der geschichtlichen Entwicklung vor. Nach eingehenden Erwägungen schloß sich die Kommission im großen und ganzen den aus dem gemeinen Recht überkommenen Gedanken an.[1]

[53] ALR. I, 10 § 23; vgl. Dernburg, Preuß. PrivR. S. 610; Förster-Eccius S. 118.

[54] Der code civil und mit ihm das badische Gesetzbuch Art. 2279 ließen die unbeschränkte Vindikation gegen einen Dritten nur dann zu, wenn es sich um gestohlene oder verlorene Sachen handelte. Hatte der Dritte die Sache bei öffentlicher Versteigerung, auf offenem Markte oder im Laden eines Kaufmanns erworben, so konnte er gegen Rückgabe Ersatz seiner Auslagen beanspruchen (Art. 2280). Beim Erwerb anvertrauter Sachen war demnach jeder Dritte gegen drohende Vindikation geschützt, doch forderte die herrschende Meinung, den Art. 2279 erweiternd, redlichen Erwerb seitens des Dritten. Abgesehen von dieser letzten durch die Theorie eingeführten Modifikation, hat also der code civil, wie in vielen anderen Fällen, auch hier dem reinen alten deutschen Recht zur Geltung verholfen. Man vgl. hierzu Stobbe-Lehmann S. 270. Das österr. Gesetzbuch erklärt die Vindikation gegen den dritten Erwerber anvertrauter Sachen im § 367, abgesehen von einigen Ausnahmefällen, dann für unzulässig, wenn der Dritte die Sache nicht nur gutgläubig, sondern auch entgeltlich erworben hatte. Es gibt ferner dem Kläger, der „gültigen Titel und echte Art", wie er in den Besitz gelangt ist, nachweist, gegenüber dem Besitzer, der keinen oder nur einen schwächeren Titel hat, die Stellung als Eigentümer (§§ 372ff.). Das sächs. Gesetzbuch steht im allgemeinen auf gemeinrechtlichem Standpunkte (§§ 254, 295 aber § 296), es kennt ebenso wie das preuß. ALR. einen Lösungsanspruch (§ 315). Die dem Eigentümer zustehende Klage gibt es auch den rechtmäßigen und redlichen Besitzern (§ 325) und unter gewissen Voraussetzungen auch dem Nichtbesitzer (§ 326). Doch ist die Klage gegen den Eigentümer und einen ebenfalls redlichen und rechtmäßigen Besitzer ausgeschlossen, falls dieser sein Recht von einem anderen auctor ableitet als der Kläger (§ 327).

[1] vgl. Mot. Bd. 3 S. 396ff., 429ff. bei Mugdan S. 220ff. u. 240ff.

Sie stellte in § 929 die rei vindicatio an die Spitze, schützte jedoch den Beklagten unter Umständen durch einen Lösungsanspruch.[2]) Doch war dieser Anspruch des gutgläubigen Erwerbers gegenüber dem bisherigen Recht mit Rücksicht auf die im Entwurf §§ 877 ff. aufgestellten Vorschriften über den Erwerb des Eigentums an beweglichen Sachen infolge guten Glaubens auf die Fälle beschränkt, in denen ein wirksamer Eigentumserwerb deshalb nicht erfolgt war, weil die Sache dem Eigentümer gestohlen, verloren oder jedenfalls ohne seinen Willen entzogen worden war. Des weiteren war auch die zu ersetzende Summe nach anderen Gesichtspunkten bestimmt.[3]) Die Beweisschwierigkeit, von der oben gesprochen wurde,[4]) war zwar durch die eben erwähnten Bestimmungen der §§ 877 ff. und einiger anderer auch dem Eigentümer zugänglicher Rechtsbehelfe[5]) wesentlich gemildert, doch kam die Kommission zu dem Ergebnis, daß damit allein nicht geholfen sei, und so griff sie unter Ablehnung der aus dem deutschen Recht überkommenen Klage insofern auf die actio Publiciana zurück, als sie in § 945 den früheren Besitzer der Sache in Ansehung der dem Eigentümer zustehenden Ansprüche wegen Entziehung der Sache oder sonstiger Beeinträchtigung seines Eigentums dem Eigentümer gleichstellt, falls er nur zur Zeit des Besitzerwerbes[6]) in Anbetracht der Umstände, die ihn an der Erwerbung des Eigentums hinderten, gutgläubig war, ohne jedoch die Fiktion der vollendeten Ersitzung hinzuzufügen.[7])

---

[2]) § 939 d. 1. Entw.; vgl. Mot. S. 417 ff. bei Mugdan S. 232.

[3]) Der Eigentümer sollte keinesfalls mehr ersetzen müssen, als was die Sache zur Zeit der Herausgabe noch wert war, abzüglich des von ihm dem Besitzer für auf die Sache gemachte Verwendungen zu erstattenden Betrages.

[4]) vgl. S. 1 f.

[5]) vgl. Mot. S. 429 bei Mugdan S. 240.

[6]) Mala fides superveniens schadete dem Besitzer also nicht, der Standpunkt des Entwurfs ist derselbe, wie ihn Dernburg für das gemeine Recht vertrat; vgl. S. 2 Anm. 5.

[7]) Nach den in den Mot. angeführten Gründen wäre die deutschrechtliche Klage deshalb zu verwerfen gewesen, weil sie nur eine Beweiserleichterung gäbe und außerdem dem Beklagten die exceptio de jure

Eine allgemeine Eigentumsvermutung für den Besitzer aufzustellen, wie sie der heutige § 1006 BGB. enthält, hielt die Kommission vermutlich mit Rücksicht auf die Aufnahme der actio Publiciana nicht für erforderlich. Sie beschränkte sich vielmehr [8]) darauf, in § 825 eine solche Vermutung nur für den Fall aufzustellen, daß der frühere Besitzer als Kläger infolge eingetretener Unmöglichkeit der Herausgabe sich genötigt sähe, vom Beklagten statt der Herausgabe die Leistung des Interesses zu verlangen. In diesem Falle sollte das Vermögen des Klägers als um den Wert der Sache vermindert angesehen werden. Der von ihm ohne eine solche Bestimmung zur Substantiierung seines Schadensersatzanspruches erforderte Nachweis, daß er Eigentümer der Sache gewesen sei, wäre ihm also erspart und der Beklagte genötigt gewesen, das Gegenteil zu beweisen. Die Verschiebung der Beweislast wäre auch durchaus gerechtfertigt gewesen; denn wenn der Kläger zur Durchführung eines Herausgabeanspruches, abgesehen von der rei vindicatio, nur seinen früheren Besitz, nicht aber sein Eigentum zu beweisen brauchte, konnte man bei der Klage auf das Interesse diesen Beweis ebensowenig von ihm verlangen.[9])

---

tertii offen lasse. Dagegen gewähre die Publiciana dem publizianisch Besitzenden eine dingliche, eigentumsähnliche Rechtsstellung. Wenn nun die Parteien beide unter Berufung auf publizianischen Besitz darüber stritten, wem von ihnen das Eigentum an der Sache gehöre, so sei die Berufung auf das Eigentum eines Dritten ausgeschlossen. Dies letztere war entscheidend. Indessen hätte diese Möglichkeit erforderlichenfalls auch für die deutschrechtliche Klage ausgeschlossen werden können, wenn man die Verteidigungsmöglichkeiten des Beklagten im Gesetz genau umgrenzte. Vgl. Mot. S. 430 f. bei Mugdan S. 240.

[8]) Abgesehen von der in § 1195 Abs. 1 d. 1. Entw. zugunsten des Verpfänders gegenüber dem Pfandgläubiger aufgestellten Vermutung, daß der Verpfänder der Eigentümer der Pfandsache sei, eine Vermutung, die von der 2. Kommission mit Rücksicht auf den von ihr geschaffenen heutigen § 1006 als überflüssig erachtet wurde. Vgl. Prot. S. 4263 bei Mugdan S. 941.

[9]) vgl. die Ausführungen in den Mot. S. 134 f. bei Mugdan S. 74 f. und Prot. S. 3371 bei Mugdan S. 518.

III. Die Beschlüsse der 2. Kommission und das Gesetz (Übersicht).*)

Die 2. Kommission hat in dieser Materie grundlegende Änderungen vorgenommen. Bei Aufstellung der von ihr an Stelle der §§ 929, 825, 945 d. 1. Entw. gegebenen Bestimmungen, die in den §§ 985, 1006, 1007 mit geringfügigen Abänderungen Gesetz geworden sind, hat sie einen grundsätzlich anderen Standpunkt eingenommen.

Sie hat zunächst die rei vindicatio (§ 985) beibehalten,[1]) den Lösungsanspruch der §§ 939 ff. d. 1. Entw. aber ganz fallen gelassen, und mit Recht. Den Lösungsanspruch des lübischen Rechts bei der Verfolgung anvertrauter Sachen gegen Dritte wird man aus dem Grunde billigen können, weil es nur als gerecht erscheint, wenn den Eigentümer die Unredlichkeit seiner Vertrauensperson trifft. Die Berechtigung des Lösungsanspruchs im allgem. Landrecht — wenngleich dort nur beschränkt zugelassen — wird man, obwohl es den Satz: „Hand wahre Hand“ nicht kennt, eben weil es keinen Unterschied für verlorene, gestohlene und abhanden gekommene Sachen macht, schon eher anzweifeln können. Heute aber, wo der Dritte durch die Vorschriften über den Erwerb des Eigentums an beweglichen Sachen infolge seines guten Glaubens gegen eine Vindikation überhaupt geschützt ist, ist eine solche Berechtigung nicht mehr gegeben. Ob es gerechtfertigt erscheint, dem Erwerber trotz guten Glaubens in den Fällen, wo es sich um gestohlene, verlorene und abhanden gekommene Sachen handelt, das Eigentumsrecht nicht zu gewähren, wird weiter unten zu streifen sein. Lehnt man den Eigentumserwerb aber ab, so ist auch ein Lösungsanspruch zu verwerfen. Zugegeben, daß in der unbeschränkten

*) Paragraphen, die im folgenden nur nach Zahlen zitiert sind, sind immer solche des BGB.

[1]) Die Streichung der Bestimmung, daß der Anspruch gegen den Inhaber gegeben sei, bedeutet sachlich keine Änderung, da der 2. Entw. und das Gesetz den Begriff des Inhabers nicht kennen. Auf die in der 2. Kommission strittige Frage, ob die rei vindicatio auch gegen den mittelbaren Besitzer zuzulassen sei, wird weiter unten einzugehen sein.

Vindizierbarkeit solcher Sachen eine gewisse Härte gegenüber dem redlichen Erwerber liegt, so ist die Härte gegenüber dem Eigentümer, solche Sache sozusagen von neuem erwerben (kaufen) zu müssen, mindestens dieselbe. Hält man nun einmal daran fest, daß ihm auf solche Weise sein Eigentum nicht verloren gehen kann, so ist es nicht konsequent, wenn man die Verfolgung des aus seinem Rechte sich ergebenden Anspruchs, die Herausgabe zu verlangen, von einer Gegenleistung abhängig macht, für die seinem Vermögen ein Äquivalent nicht zukommt, die andrerseits aber auch nicht etwa durch ein Verschulden seinerseits begründet wäre. Dem Erwerber aber erwächst, wenn ihm die Sache wieder abgenommen wird, ein Regreßanspruch gegen seinen auctor, während der Eigentümer doch nur von dem Dieb selbst oder jedenfalls nur von einem bösgläubigen Erwerber, der also sein Eigentum kannte, das, was er als Lösung gezahlt hätte, zurückfordern könnte. Ob der Erwerber den Anspruch freilich immer mit Erfolg wird durchfechten können, ist fraglich, der Regreßanspruch des Eigentümers würde, das liegt in der Natur der Sache, wahrscheinlich fast immer ohne Erfolg geltend gemacht werden. Dieses Schicksal aber teilt der Anspruch des Erwerbers mit vielen andern, die, obwohl rechtlich begründet, erfolglos geltend gemacht werden. Jedenfalls ist dies Tat- und nicht Rechtsfrage, und die Rechtsordnung darf sich niemals dazu hergeben, Ansprüche, die sie auf Grund eines rechtlich geordneten Fundaments gewährt, durch solche Bestimmungen wie den Lösungsanspruch zu erschweren, wenn nicht gar zu vereiteln. Der Unbemittelte, darauf weisen die Protokolle, auf deren umfassende Begründung im übrigen verwiesen sei,[2]) mit Recht hin, würde häufig um sein Eigentumsrecht gebracht sein, wenn es ihm unmöglich wäre, die Sache einzulösen. Eine solche einschneidende Maßregel würde immer nur begründet sein, wenn es sich etwa darum handeln würde, gegenüber dem Interesse eines einzelnen das einer größeren Gesamtheit durchzusetzen. In solchem Falle wäre eine Verletzung des Einzelinteresses auch sittlich gerechtfertigt, und die sittliche Berechtigung muß schließ-

[2]) vgl. Prot. S. 4029 f. bei Mugdan S. 693.

lich der Maßstab jeder Rechtsvorschrift sein.[3]) Hier aber handelt es sich nur um die entgegenstehenden Interessen von einzelnen Personen.

Die in § 825 d. 1. Entw. beschränkt aufgestellte Eigentumsvermutungen für den Besitzer hat die 2. Kommission (§ 1006) insofern verallgemeinert, als nunmehr dem Besitzer einer beweglichen Sache eine Eigentumsvermutung ganz allgemein zur Seite steht, und zwar jedem Besitzer für die Zeit seines Besitzes. Infolge der bereits erwähnten Bestimmung des Gesetzes, daß an gestohlenen, verlorenen und abhanden gekommenen Sachen Eigentum nicht erworben werden könne, hat aber diese Vermutung eine Einschränkung dahin erfahren müssen, daß sie dem Besitzer solcher Sachen, falls es sich nicht um Geld oder Inhaberpapiere handelt, versagt bleibt. Mit dieser Vermutung, die nach Ansicht der Kommission erforderlich war, weil der gegenwärtige Besitzer und Eigentümer, wenn er den Beweis seines Eigentums nicht erbringen könne, dem früheren Eigentümer gegenüber zu sehr gefährdet sei, da nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen die Fortdauer seines einmal bewiesenen Eigentums angenommen werden müßte, hat sich die Kommission durch die hierin liegende Steigerung der Bedeutung des Besitzes für das Eigentum an beweglichen Sachen auf den Standpunkt des deutschen Rechts mit seiner oben erörterten[4]) Bedeutung der Gewere gestellt.[5]) In den Protokollen[6]) kommt dies klar zum Ausdruck, wenn es dort heißt: „Der gegenwärtige Besitzer müsse regelmäßig die Vermutung des Eigentums für sich haben". Nur so werde man „der natürlichen Auffassung des gegenwärtigen Besitzes gerecht".

Ist es aber berechtigt, an eine Vermutung überhaupt Rechtsfolgen zu knüpfen? Die Aufstellung einer Vermutung, wie wir

---

[3]) Es sei noch einmal hervorgehoben, daß die Entscheidung der Frage, ob an gestohlenen usw. Sachen trotz guten Glaubens Eigentum nicht erworben werden solle, in negativem Sinne die Voraussetzung obiger Erwägungen ist.

[4]) vgl. oben S. 4ff.

[5]) vgl. auch Gierke, Fahrnisbesitz S. 24.

[6]) Prot. S. 4052 bei Mugdan S. 520.

sie im Bürgerlichen Gesetzbuch in zahlreichen Fällen finden, ist etwas durchaus Verschiedenes von einer Fiktion, wie sie das römischgemeine Recht u. a. bei der actio Publiciana anwandte. Wer eine Fiktion aufstellt, will nichts anderes, als etwas als wirklich, als vorhanden hinstellen, während er doch gleichzeitig zugibt, daß es nicht sei. Anders die Vermutung: aus einer Summe erfahrungsgemäß vorhandener Tatsachen abstrahiert sie das Vorkommen dieser Tatsachen unter den gleichen Voraussetzungen, unter denen, wie die Erfahrung zeigte, sie wirklich vorhanden waren. Indem die Rechtsordnung solche Vermutungen aufstellt, erhebt sie dadurch, daß sie aus einer Summe von Einzelerscheinungen das erfahrungsgemäß immer Wiederkehrende heraushebt, dies zu einem allgemeinen Grundsatze und macht sich so die Erfahrung zunutze. Während man daher an die Verwendung einer Fiktion in der Rechtsordnung nur mit äußerster Vorsicht herantreten darf — aus diesem Grunde mag auch die 1. Kommission in § 945 d. 1. Entw. darauf verzichtet haben —, ist die Vermutung als ein willkommenes Mittel zu begrüßen, die Erfahrungen des praktischen Lebens für das Recht zu verwerten. Immerhin wird man auch hierbei nicht übersehen dürfen, daß die Vermutung, wenngleich sie die größte Wahrscheinlichkeit für sich hat, doch nichts absolut Gewisses enthält. Das neuere Recht hat dies anerkannt, das Bürgerliche Gesetzbuch enthält keine Vermutung, gegen die nicht, wie es in § 292 ZPO. heißt, „der Beweis des Gegenteils zulässig ist", keine sogen. präsumptio juris et de jure.[7])

Durch Aufstellung solcher Vermutung wird an der Stellung der Parteien zu dem streitigen Anspruche nichts geändert. Wer sich bei Geltendmachung eines Anspruchs auf eine Vermutung berufen will, hat alle Voraussetzungen, die das Fundament seines Anspruchs bilden, im Prozeß vorzubringen, damit er nicht mangels genügender Substantiierung zurückgewiesen werde. Die Vermutung hat daher keine andere Bedeutung als: den, zu dessen Gunsten sie aufgestellt ist, des Beweises der für ihn vermuteten Tatsachen zu entheben. Dem Gegner bleibt es dann überlassen,

---

[7]) vgl. Sydow-Busch zu § 292 Anm. 2.

ob er durch Erbringung des Gegenbeweises die vermuteten Tatsachen als in Wirklichkeit nicht vorhanden nachweisen will oder nicht. Bis zur Führung eines solchen Gegenbeweises aber kommt die Vermutung dem, der sich auf sie berufen hat, voll zustatten. Die Aufstellung einer Vermutung hat also nur die Umkehrung der Beweislast zur Folge. Wenn wir oben von der Vermutung von „Tatsachen" und wieder eben von „vermuteten Tatsachen" sprachen, so scheint der § 1006 nicht hierunter untergeordnet werden zu können, da er von der Vermutung des Eigentums für den Besitzer spricht. In der Tat ist diese Ansicht auch ausgesprochen worden. Hedemann[8]) hält dafür, daß es sich nicht um eine Tatsachen-, sondern um eine Rechtsvermutung handle, und zwar deswegen, weil die Vermutung nicht auf das Vorhandensein gewisser Tatsachen, sondern auf ein Rechtsverhältnis, das Eigentum, gehe. Wäre dies richtig, so würde der § 292 ZPO., der nur von der Vermutung des Vorhandenseins von Tatsachen handelt, auf ihn keine Anwendung finden können, ein Gegenbeweis also ausgeschlossen sein. Denn, müßte man argumentieren, trifft das Gesetz eine solche Bestimmung ausdrücklich von einer Vermutung von Tatsachen, während es einer Vermutung von Rechten oder Rechtsverhältnissen nicht Erwähnung tut, so soll auf diese eben die Bestimmung nicht bezogen werden dürfen. Daß dies nicht der Wille des Gesetzgebers gewesen sein kann, liegt auf der Hand. Gerade hier bei der weittragenden Vermutung des Eigentums, dieses umfassendsten aller Rechte, die eine Sache ergreifen können, muß der Gegenbeweis zugelassen werden. Aber nicht dies allein ist es, was der Hedemannschen Auffassung widerspricht. Was bedeutet denn die Vermutung des § 1006 anderes, als daß der Erwerb des Eigentums durch den Besitzer, d. h. der Eintritt irgendeiner der Tatsachen, von deren Vorhandensein die Rechtsordnung die Begründung des Eigentums abhängig macht, vermutet werden soll. Auch hier handelt es sich also um die Vermutung von Tatsachen. Welche der Erwerbstatsachen vorliegt, wird freilich nicht erwähnt; der Besitzer darf, das ist eine weitere Er-

[8]) Hedemann S. 271.

leichterung, die ihm gewährt wird, sich darauf beschränken, zu behaupten, daß er Eigentümer sei oder gewesen sei. Dies genügt laut positiver Vorschrift eben für die Substantiierung.[9])

Bedeutung gewinnt die Vermutung in erster Linie für die rei vindicatio, und zwar für den beklagten Besitzer, aber auch für den Kläger, falls er früher einmal im Besitze der Sache war, und dies allein hat hier für uns Interesse. Doch ist die Vermutung auch in allen Rechtsstreitigkeiten, in denen das Eigentum die Grundlage des Anspruchs ist, für den Besitzer zu verwerten. Sei es, daß es sich um Forderungen aus dem Obligationenrecht, z. B. einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung oder aus unerlaubter Handlung, sei es aus dem Sachenrecht handelt, man denke z. B. an den obenerwähnten[10]) § 1195 Abs. 1 d. 1. Entw., der heute im § 1006 ebenfalls enthalten ist u. a.

Neben die rei vindicatio und diese Eigentumsvermutung hat die 2. Kommission an Stelle der actio Publiciana des 1. Entw. im § 1007 des Gesetzes einen Anspruch aus dem früheren Besitz gestellt. Maßgebend war dabei, daß, da die Vermutung aus § 1006 auch für den klagenden Eigentümer, der früherer Be-

---

[9]) vgl. auch Hedemann S. 288; Planck Bd. 3 zu § 1006 S. 333. Ob diese weitgehende Begünstigung des Besitzers, die ihn auch von der Behauptung einer bestimmten Eigentumserwerbstatsache befreit, berechtigt ist, kann bezweifelt werden. Jedenfalls wird dem Gegner die Führung des Gegenbeweises außerordentlich erschwert. In welcher Richtung soll sich sein Angriff bewegen, wenn er gar nicht weiß, auf welche Erwerbstatsache der Besitzer sein angebliches Eigentum stützt? Dem Kläger ist eine Sache gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen. Er kann den Beweis dafür aber nicht erbringen, ein Beweis, der, abgesehen vielleicht von dem des Diebstahls, nur sehr selten zu führen sein wird. Meist wird es darauf ankommen, ob der Richter den Kläger zum richterlichen Eide über seine Behauptung verstattet (man vgl. auch die Ausführungen bei Cosack Bd. 2 S. 86). Dieses Beweismittel wird aber immer um deswillen etwas Mißliches haben, weil der Richter bei seiner Entschließung, ob er dem Kläger den Eid anvertrauen soll oder nicht, sich meist von subjektiven Erwägungen, ob der Kläger glaubwürdig sei, wird leiten lassen müssen. Müßte der Beklagte aber wenigstens eine Erwerbstatsache nennen, so könnte der Kläger auf diesem Wege versuchen, das vermutete Eigentum des beklagten Besitzers zu widerlegen.

[10]) vgl. S. 16 Anm. 8.

sitzer gewesen war, zur Wiedererlangung ihm abhanden gekommener Sachen zum Beweise seines Eigentums verwertbar sei, für den publizianischen Anspruch sonach kein Bedürfnis mehr vorliege.[11]) Der Anspruch aus § 1007 berührt sich im wesentlichen mit dem aus besserem Besitzrecht des allgem. Landrechts,[12]) er ist wie letzterer überwiegend deutschrechtlichen Ursprungs, doch haben auch römischrechtliche Gedanken wie dort eingewirkt. Wie im allgem. Landrecht ist unter Umständen der gute Glaube der Parteien von Bedeutung.

Der § 1007 enthält in Abs. 1 u. 2 zwei verschiedenartige Ansprüche auf Herausgabe, verschiedenartig in ihren Voraussetzungen und ihren Verteidigungsmitteln. Bei beiden ist jedoch gemeinsame Voraussetzung der frühere Besitz, daneben in Abs. 1 der böse Glaube des jetzigen Besitzers beim Besitzerwerb und in Abs. 2 der unfreiwillige Verlust des Besitzes seitens des früheren Besitzers. Wie sich aus der Verbindung dieser je zwei Voraussetzungen ergibt, ist es nicht die rein tatsächliche Herrschaft, die im Besitz zum Ausdruck kommt, die den eigentlichen Grund des zu schützenden Anspruchs bildet, sondern das durch den Besitz verdeckte, in ihm vermutete Recht. Der Besitz im Sinne dieses § 1007 hat also ähnliche Funktionen wie die Gewere der mittelalterlichen Klage. Der frühere Besitz soll nicht als solcher ein Angriffsmittel gegenüber gegenwärtigem Besitze sein, sondern weil er die Vermutung in sich trägt, daß ihm ein Recht zum Besitze entsprochen hat, während die je zweite weitere Voraussetzung dafür spricht, daß der frühere Besitzer dieses Recht an den gegenwärtigen nicht verloren hat.

Doch kann der gegenwärtige Besitzer entgegnen, daß ihm ein eigenes Recht zum Besitze oder wenigstens dem früheren Besitzer ein solches Recht nicht mehr zustehe. Der Schutz des früheren Besitzes ist also wie bei der deutschen Fahrnisklage und der Klage des allgem. Landrechts nur ein relativer. Daher entscheidet beim Streite um den Besitz auf Grund des § 1007 in letzter Linie immer das Recht zum Besitze, es dringt der-

---

[11]) Prot. S. 4052 bei Mugdan S. 698.

[12]) vgl. Denkschr. S. 134 bei Mugdan S. 980.

jenige mit seinem Anspruch durch, der für sich ein Recht auf gegenwärtigen Besitz nachweist. In diesem Sinne darf man auch hier von einem Anspruch aus dem besseren Rechte zum Besitze sprechen. Wenn es sich aber herausstellt, daß ein Recht zum Besitze weder auf der einen noch auf der anderen Seite vorhanden ist, so verbleibt dem gegenwärtigen Besitzer, dem beatus possidens, sein Besitz, so lange wenigstens, bis er ihm entweder durch einen Dritten, besser Berechtigten entzogen wird oder etwa sein früherer Gegner, der gegenüber der Klage, die sich auf das bessere Recht zum Besitze gestützt hatte, unterlegen war, nunmehr einen auf sein Eigentum gegründeten Anspruch mit Erfolg gegen ihn durchficht. Insofern besteht also ein Unterschied zwischen der heutigen und der deutschen Klage, als eine endgültige Entscheidung über den Besitz zwischen den Parteien heute im Wege dieser Klage nicht immer erreicht wird. Wenn nämlich der Kläger mit seinem Besitzrechtsanspruche abgewiesen wurde, so kann er event. auf Grund seines dinglichen Rechts die Herausgabe doch noch erlangen.

Wie der Herausgabeanspruch auf Grund des Eigentums und der auf Grund früheren Besitzes sich zueinander verhalten, wenn sie im Wege der Klage ausgefochten werden, und zwar in bezug auf die Klagevoraussetzungen, die Verteidigungsmittel des Beklagten und die eventuellen Repliken des Klägers, das Ziel der Klage, worin endlich die Bedeutung des Bestehens beider Klagen nebeneinander liegt, soll nunmehr untersucht werden.

IV. Die Klagevoraussetzungen.

A. Der Klage aus § 985 (§ 1006) BGB.

Aktiv legitimiert zu der Klage aus § 985 ist der Eigentümer der Sache. Ob er die Sache bereits in Besitz gehabt hat oder nicht, wenn er etwa das Eigentum nach § 931 durch Einigung und Abtretung des Herausgabeanspruchs seitens des bisherigen Eigentümers erlangt hatte, ohne dadurch mittelbarer Besitzer der Sache geworden zu sein, ist gleichgültig. Desgleichen steht diese Klage auch dem einzelnen Miteigentümer offen, doch muß

er seinen Anspruch auf Herausgabe entsprechend dem Charakter, den das Bürgerliche Gesetzbuch dem Miteigentum als einem dominium pro partibus indivisis gegeben hat,[1]) dahin geltend machen, daß er Herausgabe an alle Miteigentümer verlangt oder, falls dies nicht angängig ist, Hinterlegung zugunsten aller Miteigentümer oder Herausgabe an einen für alle zu bestellenden Verwalter beansprucht.[2])

Endlich kann auch jeder, dem der Eigentümer, ohne ihm das Eigentum an der Sache selbst zu übertragen, nur den Herausgabeanspruch abgetreten hat, diesen geltend machen. Denn der Herausgabeanspruch ist, wie sich aus dem erwähnten § 931 ergibt, übertragbar. Es hatte z. B. A im Wege der Feststellungsklage ein Urteil erstritten, daß ein im Besitz des B befindliches Pferd sein Eigentum sei. Er vermietet jetzt dieses Pferd an C und tritt diesem, damit er sich direkt in den Besitz des Pferdes setzen kann, seine rei vindicatio gegen B ab.

Die Klage richtet sich, wie wir eben sahen, gegen den gegenwärtigen Besitzer der Sache. Welcher Art dieser Besitz ist, ist gleichgültig, sei es, daß er Eigenbesitz oder Fremdbesitz, mittelbarer oder unmittelbarer Besitz ist. Ob die Klage gegen den mittelbaren Besitzer zugelassen werden sollte, ist freilich lange streitig gewesen, insbesondere war die Stellungnahme der 2. Kommission schwankend, in mehrfacher Beratung sprach sich die Mehrheit gegen die Zulassung des Anspruches aus, sie nahm sogar, um jeden Zweifel auszuschließen, zu dem damaligen § 899 (heute § 985) einen Abs. 2 dahin lautend an, daß der Anspruch gegen den mittelbaren Besitzer ausdrücklich ausgeschlossen war.[3]) In 2. Lesung jedoch ließ man diesen Absatz wieder fallen, in der Hauptsache, weil man es als ungerechtfertigt erkannte, dem mittelbaren Besitzer, den man in allen sonstigen Beziehungen genau wie jeden anderen Besitzer be-

---

[1]) vgl. § 1008; Planck Bd. 3 in der Vorbem. zum Titel 5 über Miteigentum S. 346; Eck-Leonhard § 20 S. 164; Dernburg, Bürgerl. R. § 119 S. 414.

[2]) vgl. § 1011 in Verb. mit § 432 BGB.

[3]) vgl. Prot. S. 3940 ff. bei Mugdan S. 666 ff.; ferner Prot. S. 6037 bei Mugdan ebenda.

handelt wissen wollte, nur hier eine Ausnahmestellung zu geben, indem man ihn gegenüber der rei vindicatio als passiv nicht legitimiert behandelte.[4]) Trotz dieser ausdrücklichen Erklärungen ist der Streit über diese Frage jedoch damit nicht abgetan worden. Wendt[5]) hat auch später sich auf einen gegensätzlichen Standpunkt gestellt, weil er den mittelbaren Besitz nicht als solchen anerkennen wollte, nur mit Hilfe einer Fiktion könne man diesen Besitz überhaupt als Besitz bezeichnen. Es sei daher nicht gerechtfertigt, überall da, wo das Gesetzbuch von dem Besitzer spreche, auch den mittelbaren einzuschließen, insbesondere sei gegen ihn die rei vindicatio nicht zuzulassen, zumal ihm auch „die facultas restituendi" fehle.[6]) Wendt hat jedoch keinen Beifall gefunden, auf dem 24. Deutschen Juristentage wurde seine Ansicht vielmehr infolge der eingehenden Ausführungen von Gierke, Strohal u. a. abgelehnt.[7]) Damit darf der Streit als beendigt angesehen werden. Betreffs der Begründung dieser heute auch in der Theorie herrschenden Ansicht sei auf die unten angemerkte Literatur verwiesen.[8]) Nur dies sei erwähnt, daß diese Ansicht auch im Gesetzbuch insofern eine Stütze findet, als § 991 Abs. 1 die erweiterte Haftung für die Nutzungen bei bösem Glauben gegen den unmittelbaren Besitzer nur dann gibt, wenn auch der mittelbare Besitzer bösgläubig ist oder „diesem gegenüber die Rechtshängigkeit" (d. h. des Herausgabeanspruchs) „eingetreten ist". Hier setzt also das Gesetzbuch geradezu voraus, daß die Klage auch gegen den mittelbaren Besitzer angestrengt werden kann.[9]) Unerheblich

[4]) vgl. Prot. S. 8557 f. bei Mugdan S. 670.

[5]) Wendt a. a. O. S. 49 ff., 69 ff.

[6]) Auf die Frage soll weiter unten, wo von dem Petitum der Klage die Rede ist, eingegangen werden.

[7]) vgl. Gierke in dem Gutachten für den 24. Deutschen Juristentag, Verhandl. Bd. 3 S. 39 ff.; ferner Fahrnisbesitz S. 53 ff.; Strohal, Sachbesitz S. 45.

[8]) vgl. Planck Bd. 3 zu § 985 S. 249 ff., der eine sehr ausführliche Begründung gibt. Eck-Leonhard Bd. 2 § 20 S. 160 f.; Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 3 § 119 S. 366; Enneccerus-Lehmann Bd. 2 § 28 S. 103; Endemann Bd. 2, 1 § 90 S. 586; Biermann zu § 985 S. 189; Buhl S. 75; Hellwig Bd. 1 S. 210, 2; auch Anm. 73 daselbst.

[9]) vgl. Strohal im Sächs. Arch. S. 341 ff.

für die Passivlegitimation ist es endlich, aus welchem Titel der Beklagte zu besitzen behauptet, ob er gutgläubig oder bösgläubig besitzt. Die bloße Tatsache des Besitzes allein genügt zur Begründung der Passivlegitimation[10]) des Beklagten. Deshalb fällt diese alsbald fort, wenn etwa der Besitz aufgegeben wird oder auf einen andern übergeht,[11]) es sei denn, daß in letzterem Falle gleichzeitig auch der alte Besitz daneben insofern bestehen bleibt, als es sich um mittelbaren und unmittelbaren Besitz an der Sache handelt. Dann würde der Anspruch gegenüber dem mittelbaren Besitzer bestehen bleiben. Mit dem Übergange des alleinigen Besitzes aber oder der Einräumung des unmittelbaren Besitzes entsteht die Verpflichtung zur Herausgabe nunmehr in der Person des neuen oder gleichzeitig auch in der des unmittelbaren Besitzers.[12]) Auch gegen den Teilbesitzer, desgleichen gegen den Mitbesitzer ist die Klage zulässig. Zweckmäßig wird hier der Kläger gleichzeitig gegen alle Teilbesitzer oder alle Mitbesitzer vorgehen, denn nur so kann er den Besitz der Mitbesitzer und den der Teilbesitzer an allen einzelnen Teilen der Sache überwinden, es sei denn, daß er für jetzt nur die Herausgabe eines bestimmten Teiles der Sache wünscht. Die mehreren Beklagten würden nach §§ 59, 62 ZPO. notwendige Streitgenossen sein.

Daß gegen den Besitzdiener im Sinne des § 855 der Herausgabeanspruch nicht gewährt werden kann, mag der Vollständigkeit halber erwähnt werden, er ist eben kein Besitzer.

In dem gegenwärtigen Eigentum des Klägers, das seine Aktivlegitimation, und dem gegenwärtigen Besitz des Beklagten, der dessen Passivlegitimation begründet, sind alle Voraussetzungen des Eigentumsherausgabeanspruchs erschöpft. Der Kläger muß,

---

[10]) An dieser Auffassung dürfte hier entgegen den Ausführungen bei Hellwig S. 203 Anm. 10 festzuhalten sein.

[11]) Etwaige persönliche Verpflichtungen des bisherigen Besitzers, z. B. wegen Beschädigung der Sache, oder sonstige Ansprüche gegen ihn auf Schadensersatz werden durch das Aufhören des Besitzzustandes natürlich nicht berührt.

[12]) vgl. Hellwig § 31 S. 205 u. 209.

falls anders er obsiegen will, diese Voraussetzungen beweisen.[13]) Während der Beweis des Besitzes des Beklagten meist ohne Schwierigkeit gelingen wird, ist der Beweis des Eigentums oft nicht leicht zu führen. Die im römischgemeinen Rechte bestehende Schwierigkeit ist hier zwar insofern gemildert, als das Bürgerliche Gesetzbuch den Erwerb des Eigentums in gutem Glauben kennt. Aber nicht immer wird der Eigentümer in der Lage sein, die konkreten Vorgänge, die seinen Eigentumserwerb begründeten, z. B. die Übergabe und Einigung mit seinem Auktor nach § 929, vielleicht weil dieser bereits verstorben ist, zu beweisen. In dieser Lage kann sich der Eigentümer auf die bereits erwähnte Vermutung des § 1006 Abs. 2 berufen, falls nur er oder sein Erblasser oder sein Rechtsvorgänger, wenn er nämlich als dessen Erbe oder Sondernachfolger den Anspruch geltend macht, früher einmal im Besitz der Sache war. Beruft er sich auf diese Vermutung und beweist seinen oder seines Erblassers oder Rechtsvorgängers Besitz, so gilt damit sein Eigentum für seine Besitzzeit oder das seines Erblassers oder seines Auktors für dessen Besitzzeit als bewiesen. Nach dem im § 193 d. 1. Entw. ausdrücklich ausgesprochenen allgemeinen Rechtsgrundsatze wird aber das Fortbestehen eines Rechts, wenn es nur einmal bestanden hat, vermutet. Wenn die 2. Kommission diesen Paragraphen auch gestrichen hat, so hat sie sich damit nicht auf einen gegensätzlichen Standpunkt stellen wollen, vielmehr den sachlichen Inhalt dieser Vorschrift ausdrücklich gebilligt.[14]) Auch die Wissenschaft teilt diesen Standpunkt.[15])

Hiernach würde, da das Eigentum des Klägers oder seines Rechtsvorgängers als früher einmal bestehend vermutet wird,

---

[13]) Wenn Hellwig S. 209 Anm. 61 meint, das Erlöschen des Besitzes habe zu beweisen, wer es behauptet, hier also event. der Beklagte, wenn er auf die Klage erwidert, daß er den Besitz nicht mehr habe, so ist dem nicht beizustimmen. Der Beklagte bestreitet damit lediglich die Klagebehauptung, daß er im Besitz sei, und diesem Bestreiten gegenüber ist der Kläger beweispflichtig (vgl. unten Vorbem. zu V).

[14]) vgl. Prot. S. 4052 bei Mugdan S. 520.

[15]) vgl. Cosack Bd. 2 § 212 S. 170, 2a; Stölzel Bd. 1 S. 198; Planck Bd. 3 zu § 1006 Anm. 1 S. 333; Kober zu § 1006 Anm. 5b S. 424; Windscheid-Kipp Bd. 1 S. 1003 zu 1.

auch zu vermuten sein, daß er gegenwärtiger Eigentümer der von ihm beanspruchten Sache ist. Er hätte somit seiner Beweispflicht genügt, und es wäre nunmehr Sache des Beklagten, seinerseits etwa den Nachweis zu führen, daß der Kläger das ihm früher zustehende Eigentum verloren hat, sein Anspruch also unbegründet ist. Zu verwerfen ist die Ansicht Cosacks,[16] der, obwohl er den genannten allgemeinen Rechtsgrundsatz ebenfalls anerkennt,[17] in diesem Falle jedoch von dem klagenden Eigentümer den Nachweis verlangt, daß er an keinen Zwischenbesitzer zwischen sich oder seinen Erblasser oder Auktor und dem Beklagten das Eigentum verloren hat, da andernfalls für dessen Eigentumserwerb die Vermutung aus § 1006 Abs. 2 ebensowohl spreche wie für den Kläger selbst, und da dessen Besitzzeit zeitlich hinter der des Klägers gelegen habe, die Vermutung für des Klägers Eigentum hinfällig sei. Die Vermutungen aus § 1006 sollen jedoch nur insoweit eine Beweiserleichterung gewähren, als früherer oder gegenwärtiger Besitz einer der Parteien in Frage kommt. Die Vermutung aus § 1006 Abs. 2 darf daher nicht auf Dritte Anwendung finden, die außerhalb des Rechtsstreits stehen. Sie ist nur „zugunsten" des früheren Besitzers gegeben, kann also nur von ihm selbst und nur dann geltend gemacht werden, wenn er sie benutzen will, um sein danach vermutetes früheres Eigentum für sich, sei es wie hier zur Begründung eines Herausgabeanspruchs oder eines anderen auf dieses frühere Eigentum gegründeten Anspruchs oder Rechts oder sonst zu seinem Vorteil zu verwerten.[18]

Auch der Beklagte kann sich hiernach, wenn er, um den Anspruch des Klägers zu entkräften, sich auf das Eigentum eines Dritten, der früher als er selbst, aber später als der Kläger im Besitze war, berufen will, nicht darauf stützen, daß für das Eigentum des Dritten die Vermutung aus § 1006 Abs. 2 spreche.[19] Er muß vielmehr das Eigentum des Dritten, d. h.

---

[16] Cosack § 213 I, 1 S. 171.

[17] Ebenda I, 2a.

[18] vgl. Gierke, Fahrnisbesitz S. 31; Enneccerus-Lehmann Bd. 2 § 7 S. 29; ferner die in Anm. 15 erwähnten Autoren.

[19] vgl. Kober zu § 1006 Anm. 4 S. 424.

die Tatsachen, die einen Eigentumserwerb durch den Dritten begründen könnten, beweisen.

Ihre Bedeutung für den Kläger verliert die Vermutung jedoch sofort, wenn der Beklagte unter Bestreiten des Eigentums des Klägers eigenes Eigentum an der Sache geltend macht und sich hierfür auf die Vermutung aus § 1006 Abs. 1 beruft. Nunmehr gilt sein Eigentum an der im Streit befangenen Sache als bewiesen, und die Vermutung, die der Kläger für sich geltend gemacht hatte, wonach er während seiner früheren Besitzzeit Eigentümer der Sache gewesen sei, zerschellt an dem durch gegenwärtigen Besitz bewiesenen Eigentum des Beklagten.[20]) Dieses angebliche Recht des Beklagten kann der Kläger dadurch überwinden, daß er nachweist, daß sein früheres Eigentum noch weiter besteht, oder aber daß der Beklagte das Eigentum an der beanspruchten Sache nicht erworben hat, wobei sich ihm mehrere Möglichkeiten ergeben. Denn auch im letzteren Falle würde seine Klage begründet sein, da infolge des gegen die für den Beklagten sprechende Vermutung erbrachten Gegenbeweises die für sein eigenes früheres Eigentum geltend gemachte Vermutung nunmehr wegen der, wie oben ausgeführt, vermuteten Kontinuität eines bestehenden Rechtszustandes in die Gegenwart hinein wirkt. Welchen Weg der Kläger einschlagen wird, wird lediglich davon abhängen, welche Tatsachen er leichter beweisen kann.

Will er nachweisen, daß sein Eigentum an der Sache noch besteht, so kann er seinen Zweck erreichen, indem er beweist, daß in der ganzen Reihe der Besitzübergänge von ihm selbst bis zu dem Beklagten niemals eine gültige Eigentumsübertragung stattgefunden hat, da z. B. eine der Voraussetzungen der §§ 929 bis 931 dabei fehlte, daß auch, falls ihm dies durch den Beklagten entgegengehalten werden sollte, weder seitens des Beklagten noch seitens eines der Zwischenbesitzer originärer Eigentumserwerb durch Ersitzung[21]) eingetreten ist. Indessen wird

---

[20]) vgl. Eck-Leonhard § 20 S. 183.

[21]) Nur dieser originäre Erwerbsgrund kann in Frage kommen, da Eigentumserwerb durch Aneignung oder Fund durch den bereits nachgewiesenen lückenlosen Besitzübergang vom Kläger bis zum Beklagten,

dieser Beweis sehr selten zu führen sein. Er wird meist schon daran scheitern, daß dem Kläger, wenn die Sache durch viele Hände gegangen ist, die Personen der Zwischenbesitzer nicht bekannt sein dürften.

Der Kläger wird daher leichter zum Ziel kommen, wenn er den Nachweis erbringt, daß ihm oder auch seinem Erblasser oder seinem Rechtsvorgänger — denn auch deren Besitzverlust muß dieselbe Wirkung haben wie eigener Verlust des Klägers — der Besitz der Sache seinerzeit unter Umständen abhanden gekommen ist, die sein Eigentum nicht berührten oder, richtiger gesagt, einen Eigentumserwerb durch einen Nachbesitzer im Wege der Übertragung ausschlossen. Dann steht nämlich nach § 1006 Abs. 1 Satz 2 dem gegenwärtigen Besitzer, also hier dem Beklagten die Vermutung aus Abs. 1 nicht mehr zu. Dies ist der Fall, wenn ihm die Sache gestohlen worden war, oder er sie verloren hatte, oder endlich sie ihm auf sonstige Weise abhanden gekommen war. Die Bedeutung der beiden vom Gesetz gebrauchten Ausdrücke „gestohlen worden", „verloren gegangen" ergibt sich aus dem Sprachgebrauch. Dagegen bedarf der des „Abhandenkommen" einer Erklärung. Der Ausdruck ist erst durch die 2. Kommission aufgenommen worden, im 1. Entw. hieß es statt dessen im § 879: „. . . oder in anderer Weise ohne den Willen des Eigentümers oder desjenigen, welcher sie für denselben innehatte, aus deren Innehabung gekommen ist". Diese Fassung mußte schon um deswillen aufgegeben werden, weil das Gesetz den Begriff „Innehabung"[22]) nicht mehr kennt. Der Ausdruck „Abhandenkommen" bedeutet nun, daß der Eigentümer den Besitz der Sache wider oder doch ohne seinen Willen verloren hat.[23]) Es würde aber hierunter der Verlust des mittel-

---

die anderen originären Eigentumserwerbsarten schon ihrer Art nach ausgeschlossen sind.

[22]) Wenn man vielleicht auch das Verhältnis des Besitzdieners zur Sache (§ 855) als Innehabung bezeichnen könnte, so gebraucht das Gesetz diesen Ausdruck jedoch nicht, und außerdem würde er dann auch nicht das Verhältnis decken, das er in § 879 in sich schließt, das des unmittelbaren Besitzers.

[23]) vgl. Planck zu § 935 S. 234.

baren Besitzes infolge Untreue des unmittelbaren Besitzers, sei es, daß er die Sache einem Dritten übertragen oder lediglich ihren Besitz aufgegeben hatte, fallen. Es bedurfte daher einer ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes, daß, falls der Eigentümer nur mittelbarer Besitzer gewesen ist, der Erwerb von Eigentum durch Übergabe seitens eines Nachbesitzers nur dann ausgeschlossen ist, wenn dem unmittelbaren Besitzer die Sache abhanden gekommen war (§ 935 Abs. 1 Satz 2). Man wird daher sagen können, daß ein „Abhandenkommen", das die im Gesetz angeordneten Folgen haben soll, immer dann anzunehmen ist, wenn der unmittelbare Besitzer wider oder ohne seinen Willen den Besitz verloren hat,[24]) ohne daß damit dem Verlust des mittelbaren Besitzers die Unfreiwilligkeit abzusprechen ist. Es treten nur nicht dieselben Rechtsfolgen ein. Der Ausdruck deckt, wie sich aus seiner Bedeutung ergibt, gleichzeitig die des „Gestohlenwerdens" und „Verlorengehens", wenn man diese trotzdem hinzufügte, so mag das in der geschichtlichen Entwicklung des hier ausgesprochenen Rechtsgrundsatzes im deutschen Recht seine Ursache haben, eine Notwendigkeit hierzu lag nicht vor.

Abhanden gekommen ist die Sache dem Eigentümer ohne seinen Willen auch dann, wenn er bei Aufgabe des Besitzes, ganz gleich ob er sich dessen nur entledigte oder ihn einem andern übergab, einen rechtserheblichen Willen überhaupt nicht äußern konnte, wenn er der Sache z. B. im Zustande der Bewußtlosigkeit oder vorübergehender Störung der Geistestätigkeit oder, obwohl er geschäftsunfähig war, sich entäußert hatte. Streitig ist es dagegen, ob man von einem Abhandenkommen auch dann sprechen kann, wenn eine in ihrer Geschäftsfähigkeit nur beschränkte Person den Besitz aufgegeben hat, ebenso wenn die Aufgabe des Besitzes infolge eines rechtserheblichen Irrtums erfolgt oder durch Betrug oder Drohung veranlaßt worden ist. Die Motive, die über eine irrtümliche Besitzaufgabe nicht sprechen, wollen in den anderen Fällen ein Abhandenkommen nicht anerkennen, da hier von einem Verlust ohne Willen nicht die

---

[24]) vgl. Planck Bd. 3 zu § 935 S. 234.

Rede sein könne.[25]) Dem ist jedoch nicht unbedingt beizupflichten. Mit Planck, der den § 111 auf die Besitzaufgabe seitens eines beschränkt Geschäftsfähigen anwenden will, wird man auch hier eine Aufgabe ohne Willen, also ein Abhandenkommen annehmen müssen.[26]) Was die Aufgabe infolge Irrtums, Betruges oder Drohung angeht, so nehmen Planck und Biermann die entgegengesetzte Stellung ein, indem ersterer in allen drei Fällen, letzterer in keinem ein Abhandenkommen anerkennen will.[27]) Beides erscheint als zu weitgehend. In allen drei Fällen ist die Besitzaufgabe zwar mit dem Willen des Erklärenden erfolgt, aber während er diese Erklärung, wenn auch infolge falscher Voraussetzung bei Abgabe infolge Irrtums oder eines gegen ihn verübten Betruges, freiwillig abgegeben hat, ist sie im Falle einer Drohung ihm wider Willen abgenötigt worden. Nur in diesem letzten Falle wird man daher von einem Abhandenkommen im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs sprechen können.[28])

Ebenfalls abhanden gekommen ist endlich die Sache, wenn ein Besitzdiener ohne Anordnung seines Besitzherrn den Besitz aufgegeben oder einem Dritten übertragen hat.

Ist dem Kläger also auf solche Weise der Besitz einer Sache verloren gegangen und weist er dies nach, so entfällt die Vermutung zugunsten des gegenwärtigen Besitzers. Nur dann steht nach § 1006 Abs. 1 dem gegenwärtigen Besitzer die Vermutung trotzdem zur Seite, wenn Geld oder Inhaberpapiere die im Streit befangene Sache bilden, eine Vorschrift, die der des § 935 Abs. 2 entspricht, wonach an gestohlenen, verlorenen oder abhanden gekommenen Sachen im Wege der Übergabe nur dann Eigentum erworben werden kann, wenn es sich dabei um Geld- oder Inhaberpapiere oder um Sachen handelt, die in einer öffentlichen Versteigerung veräußert worden sind. Wenn demgegenüber nach § 1006 der Besitzer sich nicht auf die Vermutung berufen kann,

---

[25]) Mot. S. 348ff. bei Mugdan S. 194.

[26]) vgl. Planck Bd. 3 zu § 935 S. 234; Biermann zu § 935 Anm. 2.

[27]) vgl. ebenda; ebenso wie Biermann auch Fischer-Henle zu § 935 Anm. 1.

[28]) So auch Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 3 S. 349.

wenn es sich um öffentlich versteigerte Sachen handelt, so liegt hierin insofern eine Änderung, als, wenn der Beklagte sein Eigentum oder das eines seiner Rechtsvorgänger darauf gründen will, daß er oder dieser die Sache im Wege der Versteigerung erworben hat, er sich nicht auf die Vermutung aus gegenwärtigem Besitz unter Angabe dieses Erwerbsgrundes berufen kann, vielmehr diese Erwerbstatsache nachweisen muß, ein Beweis, der infolge der bei einer öffentlichen Versteigerung beobachteten Förmlichkeiten leicht zu führen sein wird. Diese unterschiedliche Behandlung von Geld und Inhaberpapieren einerseits und öffentlich versteigerten Sachen andererseits ist nicht nur berechtigt, sondern auch notwendig, weil der Charakter einer Sache als Geld oder Inhaberpapier ohne weiteres feststeht. Dagegen kann man einer Sache nicht ansehen, ob sie öffentlich versteigert worden ist, und es würde absurd sein und einer Vernichtung des klägerischen Rechts gleichkommen, wenn man von ihm etwa den Beweis verlangen wollte, daß die von ihm beanspruchte Sache, nachdem sie aus seinem Besitz gekommen war, niemals versteigert worden ist.

Hier ist nunmehr auf die bereits obenerwähnte Frage,[29]) ob es gerechtfertigt erscheint, an gestohlenen, verlorenen oder abhanden gekommenen Sachen einen Eigentumsübergang nicht zuzulassen, zurückzukommen. Die verschiedenartige Rechtswirkung, je nachdem ob es sich um einem Dritten anvertraute oder um gestohlene, verlorene, abhanden gekommene Sachen handelt, daß nämlich im ersten Falle der Erwerber Eigentum erlangen kann, im letzteren nicht, beruht auf der verschiedenartigen Behandlung im deutschen Recht. Der Satz „Hand wahre Hand“ — heute mit der von einem feiner differenzierten sittlichen Empfinden verlangten Modifikation des erforderten guten Glaubens des Erwerbers — gibt den Grund, weshalb an einem Dritten übergebenen, von diesem veräußerten Sachen gültige Gewere erworben werden konnte. Diesem Dritten hatte man die Gewere übertragen, an ihn mochte man sich darum halten, man hatte die Gewere freiwillig abgegeben. Bei gestohlenen, geraubten

---

[29]) vgl. S. 17.

und den späterhin diesen gleichgestellten verlorenen Sachen hatte dagegen die Gewere wider den Willen des Gewereinhabers geendet. Der Gedanke, daß im ersten Falle der Gewereinhaber, da er sein Vertrauen freiwillig gewährt hatte, wenn er sich darin getäuscht sah, den Schaden zu tragen habe, um deswillen, weil er einer nicht zuverlässigen Person sein Vertrauen geschenkt hatte, mag von einigem Einflusse gewesen sein. Der eigentliche Grund für die verschiedenartigen Rechtsfolgen, die sich daran knüpften, ist jedoch in der verschiedenen Art, wie die rein tatsächliche Seite der Gewere, die tatsächliche Sachherrschaft nämlich, ob freiwillig oder unfreiwillig ihr Ende fand, zu suchen. Demgegenüber wird man heute auf die tatsächliche Seite der Sache kein Gewicht legen können. Denn wie erwähnt, wird heute dem Eigentümer in jedem Falle der Besitz wider seinen Willen entzogen, er hatte ihn auch bei von seiner Vertrauensperson veruntreuten Sachen als mittelbaren noch so lange, als diese selbst im Besitze war. Vielmehr wird man zur Begründung geltend machen müssen, daß den Eigentümer ein „Mißgriff in der Auswahl“ [30]) seiner Vertrauensperson treffen muß. Es liegt hierin gewissermaßen eine Art Verschulden, das dem Eigentümer die Folgen seiner Handlungsweise aufbürdet. Ganz ähnlich ist aber die Sachlage zu beurteilen, wenn es sich um verlorene Sachen handelt. Der Eigentümer, der eine Sache verliert, hat eben meist nicht die Aufmerksamkeit, die man von ihm bei Bewahrung seiner eigenen Sachen verlangen kann, beobachtet. Hat er auf solche Weise den Besitz einer Sache verloren, so würde es gerechtfertigt erscheinen, wenn man ihn auch in solchem Falle die Folgen seiner hierin liegenden Schuld tragen ließe, der gutgläubige Erwerber von verlorenen Sachen nämlich Eigentum daran erwerben würde. Dies erscheint um so billiger, als der Erwerb von Eigentum an solchen Sachen durch den Finder selbst unter gewissen Voraussetzungen [31]) vom Gesetzbuch anerkannt wird. Hiergegen wird man auch nicht einwenden können, daß der Finder einer verlorenen Sache, falls

---

[30]) So Cosack Bd. 2 § 190 IX S. 91.

[31]) vgl. § 973.

er sie, bevor er selbst Eigentum daran erworben hat, veräußert, sich eines Vergehens schuldig macht. Dies ist zwar richtig, aber diese strafbare Handlung hat mit dem Verlust des Besitzes seitens des Eigentümers an sich nichts zu tun, kann also dessen Verschulden nicht berühren, kann aber noch weniger den gutgläubigen dritten Erwerber treffen.

Anders liegt es bei gestohlenen Sachen. Hier ist der Besitz dem Eigentümer durch die strafbare Handlung einer Person, die, was die gestohlene Sache angeht, zu ihm in keinem Verhältnis stand, entzogen worden. Ein Verschulden fällt dem Eigentümer auch nicht zur Last. Selbst wenn er „den Diebstahl allein durch seine Nachlässigkeit ermöglicht hat“,[32]) kann von einem Verschulden keine Rede sein. Das „Gelegenheit macht Diebe“ mag vielleicht die Beurteilung der Schwere der strafbaren Verfehlung beeinflussen, ändert jedoch an deren juristischem Charakter als Vergehen nichts. Daß der Eigentümer die Menschen in ihrer Allgemeinheit als sittlich normal empfindend, die aus diesem Grunde auch einen Diebstahl nicht begehen, annimmt, kann man ihm nicht als Verschulden anrechnen, erst dann, wenn er mit einer bestimmten Person in bezug auf die Sache in Verbindung tritt, wird man von ihm verlangen müssen, daß er auch ihren moralischen Charakter prüft. Soweit es sich also um gestohlene Sachen handelt, ist der Vorschrift des Bürgerlichen Gesetzbuchs zuzustimmen.

Was endlich die abhanden gekommenen Sachen angeht, so würde nach den hier aufgestellten Grundsätzen die Entscheidung dahin zu treffen sein, daß dem Eigentümer trotz Besitzverlustes das Eigentum dann nicht verloren geht, wenn er bei Aufgabe des Besitzes einen rechtserheblichen Willen nicht äußern konnte, weil auch in diesem Falle von einem Verschulden seinerseits keine Rede sein kann. Zweifelhaft könnte es sein, wie zu entscheiden ist, wenn der Eigentümer den Besitz dadurch verliert, daß sein Besitzdiener den Besitz aufgibt. Man wird unterscheiden müssen: ist der Besitzdiener derart für den Eigentümer tätig, daß er die für seine Beschäftigung erforderlichen Sachen, wie

---

[32]) So Cosack Bd. 2 § 190 IX S. 91.

z. B. eine Köchin das Geschirr, Eimer usw., in Gebrauch hat, so wird man, wenn die Köchin z. B. einen Teller oder dergleichen unterschlägt, von einem Verschulden des Eigentümers nicht sprechen können. Ein solches wird vielmehr nur dann anzunehmen sein, wenn der Besitzdiener ausdrücklich zur Beaufsichtigung, Verwahrung bestimmter Sachen angestellt ist; hier wird wieder eine besondere Verpflichtung des Eigentümers, zu prüfen, ob die betreffende Person solchen Vertrauens würdig ist oder nicht, anzuerkennen sein. Hat er sich in ihr getäuscht, so hat er auch hier wieder den Schaden zu tragen. Bei Verhältnissen der letzteren Art wird es daher Tatfrage und nach der Verkehrsauffassung zu entscheiden sein, ob ein Verhältnis vorgelegen hat, das den Eigentümer jeder Verantwortung für den durch den Besitzdiener verursachten Besitzverlust enthebt oder nicht.

Prüft man die Frage des Erwerbs von Eigentum durch Erwerb der Sache von einem Nichteigentümer nach den hier entwickelten Gesichtspunkten, so wird man zu einer billigen Entscheidung kommen. Gerade wenn es sich darum handelt, durch eine Bestimmung, die die Rechtsordnung treffen soll, gewissermaßen einen gordischen Knoten durchzuschlagen, wird die Hand, die den Schlag führen soll, ob rechts oder links, hier zuungunsten des Eigentümers oder des gutgläubigen Erwerbers richtig geführt werden, wenn der Kopf vorher zu entscheiden versucht hat, auf wessen Seite mehr Recht anzuerkennen oder wem von beiden etwa ein Verschulden, das einen Rechtsverlust rechtfertigt, zur Last zu legen ist. — — — —

Falls der Kläger unfreiwilligen Besitzverlust jedoch nicht nachzuweisen vermag oder es sich um Geld oder Inhaberpapiere handelt, die Vermutung aus § 1006 Abs. 1 also dem Beklagten zustatten kommt, so muß der Kläger den Nachweis, daß der Beklagte Eigentum an der Sache nicht erworben hat, dadurch zu führen versuchen, daß er Tatsachen darlegt, die einen Eigentumserwerb des Beklagten deshalb ausschließen, weil bei ihrem Fehlen ein Eigentumserwerb überhaupt nicht möglich ist oder durch ihr Dazwischentreten verhindert worden ist.

Der Kläger weist vielleicht nach, daß ein gültiges Rechts-

geschäft, das dem Beklagten Eigentum an der Sache hätte übertragen können, zwischen diesem und seinem Vorbesitzer nicht zustande gekommen ist, daß also, selbst wenn der Vorbesitzer des Beklagten Eigentum gehabt hätte, was seitens des Klägers freilich bestritten ist, da er selbst Eigentümer zu sein behauptet, der Beklagte es doch nicht erworben haben könnte. Sei es, daß es an der erforderten Einigung fehlte, daß etwa der Vorbesitzer dem Beklagten den Besitz der Sache nur übertragen hat in der Absicht, ihm dieselbe zu leihen, während der Beklagte angenommen hat, der Vorbesitzer habe ihm die Sache schenken wollen oder dergleichen. Dieser Weg würde für den Kläger aber nur dann Erfolg haben, wenn der Beklagte selbst auf einen derartigen Eigentumserwerb seinerseits hingewiesen hätte. Hat er diesen im dunkeln gelassen, wozu ihn § 1006, wie oben ausgeführt, berechtigt, so würde solcher Beweis dem Kläger wenig nützen. Es wäre immerhin möglich, daß der Beklagte, mochte auch die Besitzübertragung seitens seines Vorbesitzers, wie in genanntem Beispiel, keinen Eigentumserwerb für ihn im Gefolge gehabt haben, doch durch nachträgliche Einigung mit dem Eigentümer Eigentum erlangt haben könnte. Dem Kläger würde dann nichts anderes übrig bleiben — und er wird, abgesehen von solchem Falle, daß der Beklagte seinen angeblichen Erwerb selbst aufdeckt, zweckmäßig von vornherein seine Beweisführung darauf richten — als darzutun, daß der Beklagte das Eigentum, obwohl ein vollständiger Erwerbsakt vorliegt, doch nicht erworben hat. Es gelingt ihm, nachzuweisen, daß der Beklagte, als er den Besitz der Sache erlangte, wußte oder es ihm nur infolge grober Fahrlässigkeit nicht bekannt war, daß sein Vorbesitzer ihm das Eigentum gar nicht übertragen konnte, da er selbst solches nicht besaß, d. h. daß der Beklagte in bezug hierauf nicht in gutem Glauben war (§ 932 Abs. 2).[33]) Die Annahme des Beklagten, der zwar wußte, daß sein Tradent nicht Eigentümer war, daß er aber befugt gewesen sei, für den wirklichen Eigentümer den Eigentumsübereignungsvertrag abzuschließen, macht ihn nach dem Wortlaut des Gesetzes

---

[33]) vgl. Kober zu § 1006 Anm. I, 5b S. 424; Buhl S. 87.

nicht gutgläubig, auch wenn diese Annahme seinerseits keineswegs grobfahrlässig war. Eine Ausnahme hiervon macht nur das Handelsgesetzbuch in § 366. Dort genügt es, wenn der Erwerber des Glaubens war, der Kaufmann, in dessen Geschäft er die Sache erstand, sei berechtigt gewesen, über die Sache für den Eigentümer zu verfügen. Beruht diese Annahme des Beklagten nicht auf grober Fahrlässigkeit, so schließt sie seinen bösen Glauben aus. Abgesehen hiervon muß der gute Glaube des Erwerbers sich immer auf das vermeintliche Eigentumsrecht seines Tradenten beziehen. Die Möglichkeit, trotz bösen Glaubens zugleich mit dem Besitzerwerbe Eigentum zu erlangen, ist für den rechtsgeschäftlichen Erwerb vom Nichteigentümer durch die §§ 932 Abs. 1, 933, 934 ausgeschlossen. Dieselben Vorschriften kommen auch bei dem Erwerb von gestohlenem, verlorenem oder abhanden gekommenem Geld oder von solchen Inhaberpapieren oder versteigerten Sachen bei bösem Glauben des Erwerbers zur Anwendung.[34]) Ob der Vorbesitzer von seinem Rechtsmangel Kenntnis hatte oder nicht, ist gleichgültig.

Käme aber originärer Eigentumserwerb durch den Beklagten in Frage, so würde dieser durch bösen Glauben bei der Besitzergreifung ebenfalls ausgeschlossen sein. Der böse Glaube wird aber hier, falls es sich um eine einseitige Besitzergreifung durch den Beklagten handelt, darin zu finden sein, daß der Beklagte gewußt hat oder es ihm nur infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt war, daß er zu der Besitzergreifung nicht berechtigt war. Die Unmöglichkeit, in solchen Fällen bösgläubig Eigentum zu erwerben, ist beim Eigentumserwerb durch Fund im § 973 ausdrücklich ausgesprochen, wenn es heißt: „. . . es sei denn, daß vorher ein Empfangsberechtigter dem Finder bekannt geworden ist . . .“ Grobe Fahrlässigkeit allein ist demnach hier nicht ausreichend, um den Finder bösgläubig zu machen, doch ist hier andererseits, solange bis der Finder Eigentum erworben hat, mala fides superveniens von Einfluß. Eine ähnliche Bestimmung trifft § 937 für den Erwerb von Eigentum durch Ersitzung. Auch hier wird, wenn der Beklagte durch einseitige Besitz-

---

[34]) Fischer-Henle § 935 Anm. 6; Eck-Leonhard § 20 S. 185.

ergreifung den Ersitzungsbesitz erlangt hatte, der böse Glaube den oben gekennzeichneten Inhalt haben müssen. Ebenso wie beim Eigentumserwerb durch Fund wird hier ausdrückliche Kenntnis des Beklagten, „daß ihm das Eigentum nicht zusteht", verlangt, grobe Fahrlässigkeit macht ihn nicht bösgläubig. Doch muß ebenfalls der gute Glaube so lange andauern, bis das Eigentum infolge Ablaufs der Ersitzungszeit erworben worden ist.[35])

War der Kläger früher nur mittelbarer Besitzer oder ist er es jetzt, so steht ihm die Vermutung nach § 1006 Abs. 3 ebenfalls zur Seite. Wenn mittelbarer Besitz in Frage kommt, gilt die Vermutung nur für diesen, nicht für den unmittelbaren. Der Kläger kann daher auch, wenn er mittelbarer Besitzer, der Beklagte aber sein unmittelbarer Besitzer ist, die Herausgabe von diesem mit der hier besprochenen Klage erlangen, statt daß

---

[35]) Beim Erwerb von Eigentum im Wege der Aneignung (§ 958) kann es auf bösen oder guten Glauben natürlich nicht ankommen. Beim Erwerb von Erzeugnissen und Bestandteilen verhindert böser Glaube ebenfalls den Eigentumserwerb; vgl. §§ 955, 957 BGB. Solcher Erwerb kann hier jedoch nicht in Frage kommen, da der Kläger, falls der Beklagte auf diesem Wege Besitz erlangt hat, vorher unmöglich Besitz gehabt haben kann. Eck-Leonhard § 20 S. 186, auch Anm. 1 daselbst will freilich auch in solchem Falle die Vermutung aus § 1006 Abs. 2 für den Kläger nutzbar machen, wenn er den früheren Besitz der Muttersache hatte, da die Frucht als losgelöster Teil derselben zu gelten hätte. Doch ist dies unrichtig. Einen früheren Besitz des Klägers wird man nicht anerkennen können, da vom Besitz einer Sache erst dann die Rede sein kann, wenn die Sache als Sache besteht, vor der Trennung von der Muttersache ist dies nicht der Fall. Die Vorschriften über den Eigentumserwerb durch Verbindung, Vermischung oder Verarbeitung (§§ 947, 948, 950) machen nur scheinbar eine Ausnahme von dem Grundsatz, daß man trotz bösen Glaubens Eigentum erlangen könne. Denn durch Verbindung oder Vermischung mit einer anderen Sache wird die Sache nach §§ 947 f. zum wesentlichen Bestandteil einer einheitlichen Sache, durch Verarbeitung oder Umbildung zu einer neuen Sache. Die bisherige Sache ist sonach entweder als selbständige Sache, die noch Gegenstand besonderer Rechte sein könnte, oder überhaupt untergegangen, rechtlich als solche also nicht mehr vorhanden. Eigentum gibt es, wie auch die Fassung der genannten Paragraphen ergibt, jetzt nur noch an der einheitlichen Sache oder an der neuen Sache. Deshalb ist an der früheren Sache jetzt weder Eigentum noch ein Anspruch auf Herausgabe derselben denkbar.

er auf Grund des Rechtsverhältnisses klagbar wird, kraft dessen der unmittelbar besitzende Beklagte ihm den mittelbaren Besitz vermittelt. Hat der mittelbare Besitzer aber einen weiteren mittelbaren Besitzer über sich — die Zahl der mittelbaren Besitzer ist an sich ja unbeschränkt —, so steht die Vermutung nur diesem, allgemein gesprochen, immer nur dem äußersten mittelbaren Besitzer zu.

Hatte der Kläger den Besitz der Sache nicht,[36]) so kann er sich auch nicht auf die Vermutung aus § 1006 berufen, er muß dann sein Eigentum, d. h. die den Erwerb begründenden Tatsachen mit Hilfe der in der Prozeßordnung gegebenen Beweismittel zu beweisen versuchen. Von einer Kürbispflanze des Klägers z. B. ist von einem Unbefugten eine Frucht abgepflückt worden, die sich jetzt im Besitze des Beklagten befindet.[37]) Der Kläger muß hier einmal beweisen, daß er Eigentum an der Frucht gehabt hat. Ist der Kürbis wirklich von seiner Pflanze abgepflückt worden, so ist er nach § 953 mit der Abtrennung in sein Eigentum gekommen. Nehmen wir an, es gelinge ihm, den Kürbis als von seiner Pflanze stammend zu identifizieren. Vielleicht hat er, als der Kürbis noch klein war, einen Buchstaben oder dergleichen in dessen Schale eingeritzt, der nun mit ausgewachsen ist. So hat er also bewiesen, daß er einmal Eigentümer des Kürbis gewesen ist. Behauptet aber der Beklagte trotzdem eigenes Eigentum und beruft sich auf die Vermutung aus § 1006 Abs. 1, so muß der Kläger hiergegen den Gegenbeweis führen, und zwar entweder dahin, daß der Beklagte infolge schlechten Glaubens nicht Eigentum erworben hat, mag er nun den Besitz durch Übergabe oder einseitige Besitzergreifung erlangt haben,[38]) oder auch, indem er dartut, daß ihm der Kürbis gestohlen worden ist. Dies ist sehr wohl möglich, ohne daß er selbst vorher Besitz davon ergriffen hatte. Gelingt der Beweis, daß der Beklagte beim Besitzerwerbe bösgläubig war, so hat er Eigentum nicht erworben und die Vermutung aus

---

[36]) vgl. oben S. 24.

[37]) vgl. Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 3 § 121 S. 428.

[38]) vgl. Anm. 35.

§ 1006 Abs. 1 ist damit widerlegt; oder führt der Kläger den Beweis, daß ihm der Kürbis gestohlen worden ist, so kann sich der Beklagte der Vermutung überhaupt nicht bedienen. Da der Kläger den Erwerb eigenen Eigentums bereits nachgewiesen hatte, so gilt dieser nunmehr nach dem mehrfach erwähnten Grundsatze des vermuteten Fortbestandes eines einmal vorhandenen Rechtszustandes als auch jetzt noch bestehend.

B. Der Klage aus § 1007 BGB.

Wir stellten den Charakter der Klage bereits oben[39]) als einer Klage fest, die, wenn sie sich auch auf früheren Besitz stützt, dem besseren Recht zum Besitze zum Siege verhilft. Aktiv legitimiert zu dieser Klage ist jeder frühere Besitzer. Ganz gleich ist es, ob dieser Besitz Eigenbesitz oder Fremdbesitz, mittelbarer oder unmittelbarer war. Es macht auch keinen Unterschied, ob der Besitz auf einem dinglichen Rechtstitel, wie der des Nießbrauchers, des Pfandgläubigers beruhte oder nur auf einem persönlichen, wie der des Mieters, Pächters, Verwahrers oder dgl. Dem nur persönlich Berechtigten wird also hier ein dinglicher Rechtsschutz zuteil,[40]) ohne daß damit an dem rein obligatorischen Charakter dieses Verhältnisses etwas geändert wird.[41]) Aber auch der Eigentümer kann, wenn er früher im Besitze der Sache war, sich der Klage aus § 1007 bedienen, um die Herausgabe der Sache zu erlangen. Wie bei der Eigentumsklage bereits ausgeführt, kann auch hier der Kläger sich auf früheren Besitz seines Erblassers oder seines Rechtsvorgängers, dessen Sondernachfolger er geworden ist, berufen.[42]) Ebenso steht die Klage in analoger Anwendung von § 1011 BGB. dem früheren Mitbesitzer zu.[43]) Auch früherer

---

[39]) vgl. S. 23.

[40]) Die Klage ist eine dingliche. Vgl. Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 3 § 124 S. 435 f.; Enneccerus-Lehmann Bd. 2 § 6 S. 24; and. M. Kober zu § 1007 S. 426.

[41]) vgl. Endemann Bd. 2, 1 § 93 S. 600.

[42]) vgl. Enneccerus-Lehmann Bd. 2 § 6 S. 28.

[43]) vgl. dazu oben S. 25; Gierke, Fahrnisbesitz S. 51; Kober zu § 1007 Anm. I, 1 b S. 426.

Teilbesitz muß genügen, da er hinsichtlich des betreffenden Teiles als voller Besitz anzuerkennen ist. Klagt der frühere mittelbare Besitzer, mag er nun früher nur mittelbarer oder vordem auch unmittelbarer Besitzer gewesen sein, so wird er seinen Anspruch event. analog der Bestimmung des § 986 dahin geltend zu machen haben, daß er Herausgabe an seinen unmittelbaren Besitzer verlangt, falls ein Besitz durch diesen überhaupt noch in Frage kommen kann, und er sich nicht weigert, den Besitz wieder zu übernehmen. Es wird auf das zwischen diesen beiden Personen bestehende Rechtsverhältnis ankommen. Daß der frühere Besitzdiener den Anspruch nicht geltend machen kann, bedarf kaum einer Erwähnung.

Was die Passivlegitimation des Beklagten angeht, so bedarf es nur einer Verweisung auf die bei der Eigentumsklage[44]) gemachten Ausführungen. Der Beklagte muß gegenwärtiger Besitzer der Sache sein, und jede Art Besitz begründet seine Passivlegitimation.

Während soweit die Klagevoraussetzungen der Klage aus § 1007 Abs. 1 und der aus § 1007 Abs. 2 gemeinsame sind, tritt für jede Klage noch eine weitere verschiedene Voraussetzung hinzu. Erhebt der Kläger die Klage aus Abs. 1, so hat er daneben zu behaupten und zu beweisen, daß der Beklagte beim Erwerbe des Besitzes nicht in gutem Glauben war. Mala fides superveniens ist unerheblich. Der Kläger muß also dartun, daß der Beklagte damals wußte oder es ihm nur infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben war, daß er kein Recht zum Besitze hatte, sei es, daß, wenn er den Besitz durch Übergabe erlangt hatte, sein Tradent nicht befugt gewesen war, ihm den Besitz zu übertragen, und er in bezug hierauf bösgläubig war, sei es, daß, wenn er den Besitz durch Besitzergreifung erlangt hatte, er wußte oder doch nur infolge grober Fahrlässigkeit nicht wußte, daß er dazu nicht berechtigt war. Dies letztere trifft auch auf den Eigentümer zu, der z. B. seinem Entleiher, seinem Mieter oder desgl. eine Sache weggenommen hat, bevor das Leihe- oder Mietverhältnis sein nach dem Vertrage be-

[44]) vgl. oben S. 25ff.

stimmtes Ende erreicht hatte. Der Entleiher oder Mieter kann hier, um sich wieder in den Besitz der Sache zu setzen, sowohl die Klage aus § 1007 Abs. 1 als auch die Vertragsklage anstrengen.

Hat der frühere Besitz des Klägers oder der seines Erblassers oder Rechtsvorgängers[45]) dadurch ein Ende gefunden, daß ihm oder einem von diesen oder, falls es sich beim Kläger nur um mittelbaren Besitz handelte, seinem Besitzmittler[46]) die Sache gestohlen, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen war, so bedarf es eines Beweises des bösen Glaubens des Beklagten nicht, vielmehr ist dann der Anspruch nach § 1007 Abs. 2 gegeben, auch wenn der Beklagte gutgläubig war, doch mit der hier wieder notwendigen Ausnahme, falls es sich um Geld oder Inhaberpapiere handelt. Dann kann der Kläger nur mit der Klage aus § 1007 Abs. 1 durchdringen; es ist also auf seiten des Beklagten bösgläubiger Besitz nachzuweisen. Im allgemeinen wird dabei bösgläubiger Besitz des Beklagten selbst in Frage kommen, nur wenn der Beklagte den Besitz auf Grund des § 857 erworben hat, wird der Nachweis bösgläubigen Besitzes seines Erblassers genügen. Wenn nämlich der Erblasser bösgläubig war, so muß dieser Mangel des Besitzes auch gegen den Erben wirken, auf den sich dieser Besitz nach § 857 vererbt hat, so lange wenigstens, bis der Erbe den Besitz tatsächlich ergriffen hat und nunmehr nicht mehr auf Grund seiner Erbeneigenschaft Besitzer ist, sondern weil er die tatsächliche Gewalt über die Sache erworben hat (§ 854).[47]) In der Zwischenzeit ist der Erbe gleichsam an die Stelle seines Erblassers getreten; die rechtlichen Folgen, die sich an den Besitz des Erblassers knüpften, kommen nunmehr für und gegen ihn zur

---

[45]) vgl. bei der Eigentumsklage oben S. 28.

[46]) Wenn es sich um mittelbaren Besitz des Klägers handelt, kann nur der Verlust des unmittelbaren Besitzers in Frage kommen; § 935 Abs. 1 Satz 2 ist hier analog anzuwenden; vgl. oben S. 32.

[47]) vgl. Planck § 857, 2 S. 40ff.; auch das Gesetzbuch stellt in den §§ 2025, 2027 Abs. 2 den Erben als Besitzer nach § 857 dem nach § 854 gegenüber.

Wirkung.[48]) Wird also die Klage erhoben, solange der Erbe noch Besitzer nach § 857 ist, so genügt der Nachweis des bösen Glaubens bei seinem Erblasser. Eigener guter Glaube schützt ihn nur, wenn er bereits die tatsächliche Gewalt über die Sache erworben hat, Besitzer nach § 854 geworden ist, und nunmehr erst der Anspruch gegen ihn geltend gemacht wird.

Ein Vergleich der Klagevoraussetzungen der Klagen aus §§ 985 u. 1007 ergibt, daß beide Klagen sich hierin nahe berühren, wenn bei der Eigentumsklage der Beklagte eigenes Eigentum geltend macht und sich hierfür auf diese Vermutung aus § 1006 Abs. 1 beruft, während der Kläger auf Grund des früheren Besitzes die Vermutung aus § 1006 Abs. 2 für sich verwerten will. Der Kläger muß dann früheren eigenen Besitz und gegenwärtigen des Beklagten nachweisen. Daneben muß er, um die für den Beklagten sprechende Vermutung hinfällig zu machen, entweder, falls er nicht dartun will oder kann, daß sein Eigentum bestehen geblieben ist, nachweisen, daß die Umstände, die seinen Besitzverlust herbeiführten, den Beklagten verhindern, sich der Vermutung zu bedienen, d. h. daß ihm der Besitz der Sache ohne seinen Willen abhanden gekommen ist, oder, falls er nicht durch den Nachweis, daß ein zum Eigentumserwerb geeignetes Rechtsgeschäft zwischen dem Beklagten und dessen Vorbesitzer nicht zustande gekommen ist, sein Ziel erreichen kann, beweisen, daß ein Eigentumserwerb seitens des Beklagten, mag er den Besitz durch Übergabe oder Besitzergreifung erlangt haben, nicht möglich war, weil er beim Besitzerwerbe nicht in gutem Glauben war. Der vom Kläger verlangte Beweis würde also im ersten Falle derselbe sein wie der, den er bei der Klage aus § 1007 Abs. 2, im zweiten Falle

[48]) Die Vererbung des Besitzes hat mannigfache Erklärung gefunden; hier kann auf die rechtliche Konstruktion nicht näher eingegangen werden. Man vgl. die Ausführungen bei Strohal, Erbrecht Bd. 2 S. 68ff., der als auf den Erben übergehend ansieht: „die rechtlichen Folgen derjenigen Vorgänge, welche für den Erblasser Besitz begründet und erhalten haben“ (auch Strohal, Sachbesitz S. 96ff.). Kober (§ 857 S. 27) spricht von unmittelbarer Nachfolge in den Besitz und erklärt: „Besitz ist hier der Inbegriff der gesamten Rechtsstellung des Erblassers als Besitzer“. Vgl. ferner Planck § 857 S. 41; Dernburg, Bürgerl. R. § 21, 4 S. 76.

wie der, den er bei der Klage aus § 1007 Abs. 1 zu erbringen hätte. Der Unterschied beider Klagen würde dann nur darin liegen, daß hier der frühere Besitz als solcher, dort nur als Beweismittel für das Eigentum, also dieses Klagegrund wäre.

V. Die Verteidigungsmittel des Beklagten und die Repliken des Klägers.

Vorbemerkung:

Die Verteidigungsmöglichkeiten eines Beklagten gegenüber dem klägerischen Angriffe sind vierfacher Art:

1. er bestreitet die klägerischen Behauptungen;
2. er erkennt zwar die vom Kläger vorgetragenen Tatsachen an, leugnet aber die von diesem daraus hergeleiteten Rechtsfolgen;
3. er trägt seinerseits neue Tatsachen vor, die entweder den klägerischen Anspruch nicht zur Entstehung haben gelangen lassen oder ihn wieder vernichtet haben (rechtshemmende, rechtsvernichtende Einwendungen);
4. er erkennt den klägerischen Anspruch als solchen an, behauptet aber Tatsachen oder Umstände, die ein Gegenrecht für ihn begründen, das ihn berechtigt, sich zu weigern, des Klägers Anspruch zu erfüllen (Einrede).

Bei der Verteidigung nach 1 muß der Kläger für seine Behauptungen den Beweis erbringen, event. kann der Beklagte zum Gegenbeweise zugelassen werden.

Bei der Verteidigung nach 2 liegt eine Beweispflicht keiner Partei ob, da Tatsachen nicht streitig sind; das Gericht hat die Rechtsfolgen daraus zu ziehen.

Bei der Verteidigung nach 3 u. 4 endlich ist der Beklagte für die von ihm vorgetragenen Tatsachen beweispflichtig; es handelt sich um selbständige Verteidigungsmittel. Während aber rechtshemmende und rechtsvernichtende Tatsachen, da sie den klägerischen Anspruch hinfällig machen, vom Richter immer zu berücksichtigen sind, auch dann, wenn sie nicht

vom Beklagten vorgebracht werden, sondern sich bereits aus dem Vortrage des Klägers ergeben, und selbst dann, wenn der Beklagte ausdrücklich erklärt, daß er sie nicht für sich verwerten will, finden Gegenrechte nur dann Beachtung, wenn sich der Beklagte darauf beruft, da es in seinem Belieben steht, ob er davon Gebrauch machen will oder nicht. Nur die selbständigen Verteidigungsmittel und die Verteidigung zu 1, soweit sie nicht bereits bei der Behandlung der Klagevoraussetzungen ihre Erledigung gefunden hat, sind hier zu behandeln; der Verteidigung zu 2 kommt eine eigene Behandlung aus dem angeführten Grunde nicht zu. — — —

Der Eigentumsklage kann der Beklagte, wie wir sahen, damit begegnen, daß er sich begnügt, das Eigentum des Klägers unter Hinweis auf seinen Besitz und die Vermutung aus § 1006 Abs. 1 zu bestreiten. Hat der Kläger aber nunmehr entweder durch Nachweis unfreiwilligen Besitzverlustes im Sinne der Vorschrift des § 1006 die Vermutung aus Abs. 1 dem Beklagten genommen oder sie durch den vollen Beweis seines Eigentums oder den, daß der Beklagte Eigentum nicht erworben haben könne, widerlegt, so mag der Beklagte im ersteren Falle trotzdem den Gegenbeweis seines Eigentums erbringen, was sehr wohl möglich ist, wenn er das Eigentum im Wege der öffentlichen Versteigerung oder durch Ersitzung oder durch gutgläubigen Eigentumserwerb nach Fund erworben hat. Jedenfalls kann er, solange das klägerische Eigentum nicht unwiderleglich erwiesen ist, d. h. mit Hilfe der Beweismittel der Prozeßordnung voller Beweis erbracht ist, den klägerischen Angriff durch den Nachweis, daß Eigentum dem Kläger trotzdem nicht zustehe, oder daß ein Dritter Eigentum an der Sache habe, abwenden.

Außerdem aber kann der Beklagte sich der Verteidigungsmittel, die ihm in den §§ 1000 u. 986 zur Verfügung gestellt sind, bedienen. Beide Verteidigungsmittel sind auch gegen die Klagen aus § 1007 gegeben.[1])

[1]) In § 1007 Abs. 3 sind nämlich die §§ 986—1003 auf die Ansprüche aus § 1007 entsprechend anwendbar erklärt. Die §§ 987—999 handeln von Nebenleistungen beim Eigentumsanspruche und vom Ersatz von Verwendungen. Die §§ 1001—1003 geben für den Ersatz der Verwendungen ein selbständiges

Wenn der Beklagte nämlich mit dem Herausgabeanspruch seitens des Eigentümers oder des früheren Besitzers belangt wird, so ist er berechtigt, für Verwendungen Ersatz zu verlangen, die er auf die Sache gemacht hat, d. h. solche, die der Sache direkt zugute gekommen sind, sei es, daß sie dadurch verbessert oder in ihrem Bestande erhalten worden ist, oder daß Lasten, die die Sache zu tragen hätte, gedeckt worden sind.[2]) Auch die Verwendungen, die seitens eines Rechtsvorgängers und Vorbesitzers gemacht worden sind, sind, wenn dieser Ersatz verlangen könnte, dem Beklagten zu erstatten.[3]) Ob die Verwendungen während der Zeit, in der der Kläger bereits Eigentümer oder früherer Besitzer gewesen war, oder schon vorher aufgewendet worden sind, ist für seine Erstattungspflicht unerheblich.[4]) Der Umfang des Anspruchs selbst aber ist verschieden, je nachdem der Beklagte gutgläubig war oder nicht. Während er nämlich für die Zeit, in der er gutgläubig war, Ersatz nicht nur der notwendigen Verwendungen, und zwar unbedingt,[5]) sondern auch anderer, soweit sie den Wert der Sache noch zur Zeit der Rückgabe an den Kläger erhöhen,[6]) verlangen kann, werden ihm andernfalls nur die notwendigen Verwendungen und auch die nur nach den Grundsätzen über Geschäftsführung ohne Auftrag ersetzt.[7]) In gleicher Weise wird auch der Erstattungsanspruch des gutgläubigen Besitzers von dem Beginne der Rechtshängigkeit an beschränkt.[8]) Die gewöhnlichen Erhaltungskosten und ebenso die gewöhnlichen Lasten, die auf der Sache ruhen, sind für die Zeit, während der dem Beklagten die Nutzungen

---

Klagerecht, sie kommen also hier nicht in Betracht. Die Anwendbarkeit von § 988, der sich auf ein landwirtschaftliches Grundstück bezieht, ist hier ausgeschlossen. Kober zu § 1007 Anm. 3 S. 427 spricht von einem Redaktionsversehen.

[2]) § 995.
[3]) § 999 Abs. 1.
[4]) § 999 Abs. 2.
[5]) § 994 Abs. 1.
[6]) § 996.
[7]) §§ 994 Abs. 2, 996.
[8]) § 994 Abs. 2.

verblieben sind, nicht zu ersetzen.[9]) Wegen dieser Verwendungen gewährt § 1000 dem Beklagten gegenüber dem Eigentümer oder dem früheren Besitzer ein Zurückbehaltungsrecht, falls er nicht die Sache durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung in seinen Besitz gebracht hat, was der Kläger zu beweisen hätte. Dieses Verteidigungsmittel charakterisiert sich gegenüber der Klage aus § 985 ebenso wie den aus § 1007 als eine Einrede, auf die sich der Beklagte ausdrücklich berufen muß. Die ihr zugrunde liegenden Tatsachen muß er beweisen. Sie führt gemäß § 274 nicht Abweisung der Klage herbei, sondern hat nur eine Minderung der Verurteilung dahin zur Folge, daß der Beklagte nur zur Herausgabe der Sache Zug um Zug gegen Erstattung der Verwendungen zu verurteilen ist.

§ 986 gewährt in Abs. 1 u. 2 zwei verschiedene Verteidigungsmittel, die zunächst in ihrer Beziehung zur Eigentumsklage betrachtet werden sollen.

Der Beklagte kann nämlich nach Abs. 1 die Herausgabe der Sache verweigern, wenn er oder der mittelbare Besitzer, von dem er sein Recht zum Besitze ableitet, dem Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt ist. War der mittelbare Besitzer indessen nicht befugt, ihm den Besitz zu überlassen, so kann der Kläger die Herausgabe an den mittelbaren Besitzer oder event. an sich selbst verlangen. Steht dem Beklagten ein solches Recht zu, so hat er ein besseres Recht auf gegenwärtigen Besitz wie der Eigentümer, mag sein Besitzrecht auf einem dinglichen Rechte, wie Nießbrauch oder Pfandrecht, oder auf einem persönlichen, wie dem Recht aus einem Miet- oder Leihvertrage beruhen. Der Anspruch des Eigentümers ist beim Vorhandensein eines solchen Tatbestandes nicht etwa ausgeschlossen, dem Beklagten ist vielmehr nur eine Befugnis eingeräumt, auf die er sich im Prozeß ausdrücklich berufen muß. Es handelt sich um eine Einrede.

Der Abs. 2 des § 986 dehnt den dem Besitzer im Abs. 1 gewährten Schutz auch auf den Fall aus, daß derjenige, dem gegenüber der Besitzer ein Recht zum Besitz hatte, die Sache

---

[9]) §§ 994 Abs. 1, 995.

durch Abtretung des Herausgabeanspruchs an einen Dritten veräußert. Hiernach kann der Beklagte jenem Dritten als Kläger die Einwendungen entgegensetzen, die ihm gegen den abgetretenen Anspruch zustehen. Diese Vorschrift hat aber für den Beklagten nur dann Bedeutung, wenn er auf Grund eines persönlichen Rechts Besitz hat. Denn wer auf Grund eines dinglichen Rechts besitzt, ist schon nach § 986 Abs. 1 „zum Besitze berechtigt" und befugt, die Herausgabe der Sache zu verweigern,[10]) da ein dingliches Recht, das den Besitzer dem Veräußerer gegenüber zum Besitze berechtigt, nach § 936 Abs. 3 selbst einem gutgläubigen Erwerber gegenüber nicht erlischt. Wer aber lediglich ein persönliches Recht zum Besitze erlangt hat, das über die Zeit der Abtretung an den neuen Eigentümer hinaus wirkt, erhält durch die Vorschrift des § 986 Abs. 2 in Verb. mit § 404 — abgesehen von den sonstigen in den §§ 406—408 dem Cessus gewährten allgemeinen Schutzmitteln — dieselben Einreden, die er gegen den Zedenten haben würde.

Gegenüber den Klagen aus § 1007 hat die Einrede aus § 986 Abs. 1 eine erheblich geringere Bedeutung. Die Geltendmachung des Tatbestandes des § 986 Abs. 1 ist hier regelmäßig ein mittelbares Bestreiten der Klagevoraussetzungen. Denn mit der Behauptung des Beklagten, er oder derjenige, von dem er seinen Besitz ableitet, sei dem Kläger gegenüber zum Besitze berechtigt, ist in der Regel weder die Klagebehauptung vereinbar, daß der Beklagte den Besitz bösgläubig erworben habe, noch auch die andere, daß die Sache dem Kläger abhanden gekommen sei.[11]) Sie kann es aber sein. Es ist denkbar, daß der Beklagte vor oder nach der Zeit, zu der er — sei es in gutem oder bösem Glauben — Besitz erworben hat durch Einigung mit dem Kläger, vielleicht als dessen Mieter ein Recht zum Besitze erlangt hat, und daß dann die Geltendmachung eines Rechts zum Besitze dem Kläger gegenüber nichts anderes als eine Einrede ist.

---

[10]) vgl. Planck, BGB. Anm. 2 zu § 986 S. 306 und Volk S. 24.
[11]) vgl. Volk S. 23.

Man denke sich folgende Fälle:

1. A vermietet dem B eine Sache. B veranlaßt den Angestellten des A, ihm die Sache noch vor Beginn der vereinbarten Mietzeit zu überlassen. Noch während des Laufs der Mietzeit klagt A auf Herausgabe mit der Begründung: er sei früherer Besitzer der Sache, B habe bösgläubig den Besitz erworben. Hier kann B einreden, er sei dem Kläger gegenüber zum Besitze berechtigt. Entsprechend wäre auch der Fall zu behandeln, daß die Sache dem A, noch bevor er sie B hat übergeben können, gestohlen worden, durch verschiedene Hände gegangen und in den Besitz des diesmal nicht erweislich bösgläubigen B gelangt ist.

2. A gibt dem X eine Sache zur Aufbewahrung. X veräußert sie an B, der weiß, daß X nicht daran verfügungsberechtigt ist. Darauf vermietet A die Sache an B. Oder: B entwendet dem A die Sache, und A vermietet sie ihm hinterher.

In beiden Fällen kann B einer Klage aus § 1007 auf Herausgabe die Einrede entgegensetzen, daß er dem A gegenüber ein Recht zum Besitze habe. Endlich kann die Geltendmachung eines persönlichen oder dinglichen Rechts zum Besitze auch dann eine Einrede enthalten, wenn der Beklagte durch zwei verschiedene Rechtshandlungen Besitz erlangt hat. Ein Beispiel hierfür ist folgendes:

A hat dem B auf drei Monate ein Jagdgewehr vermietet und übergeben. B leiht es dem C; der Gläubiger des C läßt es bei diesem pfänden und öffentlich versteigern, wobei D es gutgläubig erwirbt. B erfährt davon, daß D in der Versteigerung das Gewehr erworben hat, geht hin und nimmt es ihm weg. Nunmehr noch vor Ablauf der drei Monate, klagt A auf Herausgabe des Gewehrs mit der Begründung, er sei früherer Besitzer, B habe es in bösem Glauben erworben. Der Anspruch ist gemäß § 1007 Abs. 1 begründet; B kann ihm aber die Einrede entgegensetzen, daß er dem A gegenüber zum Besitze berechtigt sei.

In noch geringerem Maße wie die Einreden aus § 986 Abs. 1 können die aus Abs. 2 auf die Ansprüche aus § 1007 an-

gewandt werden. Die Behauptung des Beklagten, er habe gegenüber dem Zedenten des Klägers ein Recht zum Besitze erlangt, ist auch hier regelmäßig ein mittelbares Bestreiten der Klagebehauptungen. Denn es wird damit behauptet, daß der Besitz des Klägers seit der Abtretung des Herausgabeanspruchs, wie vorher der seines Zedenten, ein mittelbarer Besitz dem Beklagten gegenüber war und geblieben ist, und somit indirekt bestritten, daß der Kläger jemals früheren Besitz im Sinne des § 1007 gehabt hat, weil er ihn niemals verloren hat. Nur dann kann jene Behauptung als Einrede wirken, wenn der gegenwärtige Besitz des Beklagten in einer anderen Rechtshandlung seinen Ursprung hat wie sein von dem Veräußerer erlangter Fremdbesitz. Beispiel: A hat dem B auf drei Monate sein Fahrrad vermietet. Darauf veräußert er es durch Abtretung des Herausgabeanspruchs an Z. B leiht es dem C, dessen Gläubiger läßt es pfänden und versteigern, wobei D es gutgläubig erwirbt. B, der von dem Eigentumserwerb des D erfährt, entwendet es diesem. Nunmehr, noch vor Ablauf der drei Monate, klagt Z gegen B auf Herausgabe, indem er geltend macht: er sei früherer mittelbarer Besitzer gewesen und habe den Besitz verloren, B habe das Fahrrad in bösem Glauben erworben. Der Anspruch ist nach § 1007 Abs. 1 begründet. B kann aber gemäß §§ 1007 Abs. 3, 986 Abs. 2 geltend machen, daß er gegenüber dem Rechtsvorgänger des Z ein Recht zum Besitze erlangt habe. Damit wird nicht eine der Klagevoraussetzungen bestritten, sondern nur eine Einrede geltend gemacht.

Repliken können sich für den Kläger gegenüber den Einreden aus § 986 weder bei der Klage aus § 985 noch den Klagen aus § 1007 aus den der Klage zugrunde liegenden, in den §§ 985 u. 1007 enthaltenen Tatbeständen ergeben.

Darüber hinaus sind aber dem Beklagten gegen die Klagen aus § 1007 zwei weitere Verteidigungsmittel gegeben; ob die denselben zugrunde liegenden Tatsachen etwa auch gegenüber der Eigentumsklage Bedeutung gewinnen können, soll unten erörtert werden.

Gegen beide Klagen aus § 1007 kann sich der Beklagte nach Abs. 3 damit verteidigen, daß er behauptet, entweder der

Kläger sei beim Erwerbe des Besitzes selbst nicht in gutem Glauben gewesen, oder der Kläger habe den Besitz aufgegeben.

Wenn der Kläger beim Besitzerwerbe nicht in gutem Glauben war, so steht ihm ein Recht zum Besitze auf Grund dieses früheren Besitzes nicht zu. Hat er für seinen Anspruch neben früherem Besitz bösen Glauben des Beklagten geltend gemacht, so hat er ebensowenig Recht auf den Besitz wie der Beklagte. Da dieser aber im Besitze ist, so kann er ihn behalten. Gründet sich der klägerische Anspruch auf Abhandenkommen, so hat der Beklagte, wenn er selbst gutgläubig war, sogar ein besseres Recht zum Besitze wie der Kläger. Hat der Kläger aber den Besitz aufgegeben, so kann er diesen früheren Besitz, den er damals freiwillig beendet hatte, nicht mehr zum Grund eines Anspruchs machen, der dahin geht, diesen Besitz wiederherzustellen. Auf welche Weise der Kläger den Besitz aufgegeben hat, ob durch Dereliktion oder durch Tradition ist gleichgültig. Auch wenn der unmittelbare Besitzer den Besitz aufgegeben hat, wirkt dies gegen den mittelbaren Besitzer. Ein Abhandenkommen im Sinne des Gesetzes liegt hier nicht vor.[12]) Die Folgen für den mittelbaren Besitzer sind daher analoge wie bei durch Untreue des unmittelbaren Besitzers veranlaßtem Eigentumsverluste. Der mittelbare Besitzer kann also keine Klage auf Grund früheren Besitzes mit Aussicht auf Erfolg erheben, wenn sein unmittelbarer Besitzer den Besitz der Sache aufgegeben hatte. Dagegen wird man von einem Aufgeben in denselben Fällen nicht sprechen können, in denen, wie wir ausführten, ein Abhandenkommen auch auf seiten des unmittelbaren Besitzers vorliegt.

Möglich ist gleichwohl, daß der Kläger trotz alledem ein Recht zum Besitze hätte, denn trotz bösen Glaubens beim Besitzerwerbe könnte er nachträglich durch Einigung mit dem Eigentümer Eigentum erworben haben. Wenn aber seinem früheren Besitz ein Recht entsprach, so war der Verlust desselben durch Aufgabe des Besitzes keineswegs bedingt. Will

[12]) vgl. Endemann Bd. 2, 1 § 46 S. 251 Anm. 14; Kober zu § 1007 IV, 3c S. 429; and. M. Biermann zu § 1007 Anm. 2b S. 213; Enneccerus-Lehmann Bd. 2 § 6 S. 24.

er sein Recht wieder ausüben, so muß er, da er die Klage aus früherem Besitz verwirkt hat, aus dem Rechte selbst klagen.

Wenn es in § 1007 Abs. 3 heißt: „Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn ...", so wird damit nach dem Sprachgebrauch des Bürgerlichen Gesetzbuchs zum Ausdruck gebracht, daß ein Ausnahmetatbestand eingeführt wird, der, falls er nachgewiesen wird, den Anspruch hinfällig macht. Diese Verteidigungsmittel sind demnach vom Gesetz als Einwendungen charakterisiert. Dies ist jedoch nicht ganz richtig. Zwar sind gegenüber dem Anspruch aus § 1007 Abs. 1 beide Ausschließungsgründe rechtshemmende Einwendungen. Gegenüber dem Anspruch aus Abs. 2 dagegen enthält nur die Behauptung der Bösgläubigkeit einen rechtshemmenden Einwand, nicht auch die, der Beklagte habe den Besitz aufgegeben. Hierin liegt vielmehr ein Bestreiten der klagebegründenden Behauptung, daß dem Kläger der Besitz wider seinen Willen abhanden gekommen sei. Die im Gesetzbuch ausgesprochene, unzutreffende Charakterisierung wäre vermieden worden, wenn man ebenso, wie man der Klage aus Abs. 2 besondere, nur gegen diese gerichtete Verteidigungsmittel im selben Absatz gab, den rechtshemmenden Einwand, der Kläger habe den Besitz aufgegeben, dem Abs. 1 angefügt hätte.

Eine Replik des Klägers, die sich auf die in § 1007 behandelten Rechtsgrundsätze stützt, ist nicht denkbar.[13])

Will der Beklagte gleiche Behauptungen gegenüber der Eigentumsklage geltend machen, so ergibt sich folgendes:

Die Behauptung, der Kläger sei beim Erwerbe des Besitzes nicht in gutem Glauben gewesen, ist unbeachtlich, wenn nicht der Beklagte zugleich das Eigentum des Klägers bestreitet, denn wie wir bereits ausführten, könnte der Kläger nachträglich Eigentum erworben haben. Doch wird man, wenn der Kläger sich bei seiner Klage auf die Vermutung aus § 1006 Abs. 2 gestützt und der Beklagte das Eigentum bestritten hat, den Gegenbeweis des Beklagten als geführt ansehen müssen, wenn der Beklagte nachgewiesen hat, daß der Kläger beim Erwerbe des Besitzes nicht in gutem Glauben war. Alsdann ist es, wie wir oben ausführten,[14])

[13]) vgl. Gierke, Fahrnisbesitz S. 58f.

[14]) vgl. oben S. 38ff.

ausgeschlossen, daß der Kläger mit dem Besitzerwerbe Eigentum erlangt hat. Die Vermutung aus § 1006 Abs. 2 steht ihm dann nicht mehr zu, er würde abzuweisen sein, falls er nicht etwa anderweit noch gegenwärtiges Eigentum nachweist.

Die Behauptung, der Kläger habe den früheren Besitz aufgegeben, ist ebenfalls im allgemeinen unerheblich. Sie verneint weder für sich allein das Fortbestehen des Eigentums, da Besitzaufgabe nicht identisch ist mit Aufgabe des Eigentums, noch widerspricht sie den Tatsachen, aus denen nach § 1006 Abs. 2 Eigentum des Klägers zu vermuten ist. Hat aber der Kläger, um dem Beklagten die Verwertung der Vermutung aus Abs. 1 unmöglich zu machen, die Behauptung aufgestellt, daß ihm die Sache gegen seinen Willen abhanden gekommen sei, so ist jene Behauptung nichts anderes als ein Bestreiten der Tatsachen, die allein dem Kläger ermöglichten, gegenüber der Vermutung aus § 1006 Abs. 1 die aus Abs. 2 für sich selbst zu verwerten. Kann also der Kläger nicht beweisen, daß ihm die Sache abhanden gekommen ist, oder führt der Beklagte den Gegenbeweis, so kann der Kläger die jetzt für den Beklagten sprechende Vermutung aus § 1006 Abs. 1 nur noch widerlegen, indem er dartut, auf welchem Wege die Sache in den Besitz des Beklagten gekommen ist, und daß er auf diesem Wege sein Eigentum nicht verloren hat.

Von den Verteidigungsmitteln des § 1007 Abs. 3 hat also gegenüber der Klage aus dem Eigentum nur die Behauptung, daß der Kläger den Besitz freiwillig aufgegeben habe, einige Bedeutung, aber auch nur dann, wenn der Kläger sich darauf berufen hat, daß ihm sein früherer Besitz abhanden gekommen sei, und auch da handelt es sich nur um ein Bestreiten dieser klägerischen Behauptung.

Gegen den auf § 1007 Abs. 2 gestützten Anspruch hat der Beklagte noch zwei weitere Verteidigungsmittel. Das Gesetz bestimmt in Abs. 2, der Anspruch solle gegeben sein, es sei denn, daß der gegenwärtige Besitzer Eigentümer ist oder die Sache ihm vor der Besitzzeit des früheren Besitzes abhanden gekommen war. Auch die Worte „es sei denn, daß“ führen im Bürgerlichen Gesetzbuch einen Tatbestand ein, dessen Vorhanden-

sein den vorher gegebenen Anspruch ausschließt. Es handelt sich also auch hier um Einwendungen, und zwar ebenfalls um rechtshemmende.[15]) Falls daher der Beklagte beweist entweder, daß er Eigentümer der streitigen Sache ist, oder aber daß er vor dem Kläger selbst den Besitz unfreiwillig verloren hatte, oder sich dies etwa aus dem Vorbringen des Klägers ergibt, so ist die Klage abzuweisen. Der Nachweis, daß etwa ein Dritter Eigentümer sei, hat hier keine Bedeutung, da daraus sich für den Beklagten kein Recht zum Besitze herleiten läßt, während es die Abweisung der Eigentumsklage zur Folge haben würde.

Gegen beide Einwandstatsachen sind Repliken denkbar. Das Gesetz sagt nichts darüber, ob überhaupt und welche Repliken gegen den einen oder den anderen Einwand zulässig sind; in der Literatur wird die Frage sehr verschieden beantwortet, im allgemeinen nach Billigkeitsrücksichten. Man wird sich nur dahin entscheiden können, daß entweder beide Einwendungen entkräftet werden können oder beide nicht. Das erstere ist das Richtige. Denn die Ansprüche aus § 1007 sollen, ihrem gesamten Inhalte nach betrachtet, dort durchgreifen, wo dem Rechte zum gegenwärtigen Besitze ein Besitz ohne ein solches Recht entgegensteht. Einwandstatsachen, wie Eigentum des Beklagten oder unfreiwilliger Besitzverlust des Beklagten noch vor der Besitzzeit des Klägers, schließen aber nicht unbedingt das Recht des Klägers zum Besitze aus. Trotz des Eigentums des Beklagten kann der Kläger gemäß § 986 zum Besitze berechtigt sein, trotz jenes unfreiwilligen Besitzverlustes dann, wenn dem früheren Besitze des Beklagten kein Recht zum Besitze entsprochen hat. Deshalb ist den Einwandstatsachen des § 1007 Abs. 2 gegenüber jede Replik zuzulassen, die gegenüber einem auf gleichen Voraussetzungen beruhenden Anspruche auf Herausgabe der Sache als Einrede oder Einwand gegeben wäre.

Hieraus ergibt sich:

1. Gegen den Einwand des Eigentums ist die Replik ge-

---

[15]) Auch Planck zu § 1007 Anm. 3b S. 337; Neumann zu § 1007 Anm. II, 2 und Cosack § 190 VII S. 89f. erblicken darin Einwandstatsachen. Gierke, Fahrnisbesitz S. 61f. spricht von Einreden, doch scheint er damit den Begriff der ZPO. zu verbinden.

geben, daß der Kläger dem Beklagten gegenüber gemäß § 986 auf Grund eines dinglichen oder persönlichen Rechts zum Besitze berechtigt sei.[16]) Damit ändert er nicht etwa die Klage, denn Klagegrund ist und bleibt sein früherer Besitz und die Tatsache, daß er diesen verloren hat. Der Kläger beseitigt damit nur den Anschein, als ob der Beklagte infolge seines Eigentums unbedingt zum Besitze berechtigt sei, er weist nach, daß der Beklagte von seiner Einwendung keinen Gebrauch machen kann, da ihm selbst ein Recht zusteht, das diesen Einwand des Beklagten an seiner Wirkung verhindert.

2. Der Einwand des Beklagten, daß ihm die Sache vor der Besitzzeit des Klägers abhanden gekommen sei, kann durch dieselben Tatsachen entkräftet werden, die den Anspruch eines sich auf früheren Besitz und unfreiwilligen Besitzverlust, also auf § 1007 Abs. 2 stützenden Klägers vernichten würden. Dadurch nämlich, daß

[16]) vgl. Gierke, Fahrnisbesitz S. 62; Biermann zu § 1007 Anm. 3c S. 214; Kober zu § 1007 Anm. IV B, 1b S. 429; Endemann Bd. 2, 1 § 46 S. 254; Enneccerus-Lehmann Bd. 2 § 6 S. 25. Dagegen Planck zu § 1007 Anm. 3b S. 338. Die Beweisführung bei Planck ist nicht recht verständlich. Während er gegenüber dem Einwand des Eigentums deshalb keine Replik zulassen will, weil beim Nachweis von Eigentum der Anspruch nach dem Gesetz ausgeschlossen sei, gibt er zwar zu, daß ebenso beim Nachweis des früheren Besitzverlustes durch das Gesetz der Anspruch ausgeschlossen sei, will aber aus dem Grunde, der zu dieser Bestimmung geführt hat, daß nämlich das bessere Besitzrecht obsiegen solle, hier eine Replik des Klägers zulassen. Das ist nicht gerechtfertigt. Wenn er den Ausschluß des Anspruchs durch das Gesetz in einem Falle als unanfechtbar ansieht, so müßte er es auch im andern tun, zumal wenn das Gesetz diesen Ausschluß mit ein und denselben Worten ausspricht. Außerdem entspricht dem Sinne des § 1007 jedenfalls nicht, daß der Eigentümer, nur weil er Eigentümer ist, im Besitzrechtsstreite siegreich sein soll, auch wenn er kein Besitzrecht hat. Dazu steht dem Eigentümer die Klage aus seinem Eigentum zur Verfügung. Im Gegenteil, wenn die Replik zugelassen wird, dann kann das bessere Recht zum Besitze siegen, dann ist dem Geist des § 1007 Genüge geschehen. Es bedarf daher auch des Umweges nicht, den Planck empfiehlt, um den Kläger vor der Abweisung der Klage zu schützen, daß er nämlich seinen Anspruch unter Klageänderung auf ein ihm gegen den Beklagten zustehendes dingliches oder persönliches Recht zum Besitze stützen solle. Solche Klageänderung, meint er, würde stets zuzulassen sein.

A. der Beklagte den früheren Besitz nicht in gutem Glauben erworben hat,[17])
B. der Kläger Eigentümer der Sache ist,[18])
C. die Sache dem Kläger noch vor der früheren Besitzzeit des Beklagten abhanden gekommen ist,[19])
D. der Kläger dem Beklagten gegenüber auf Grund eines dinglichen oder persönlichen Rechts zum Besitze berechtigt ist.

Dieser Fall erfordert allerdings eine so eigenartige Reihe von Umständen, daß er deshalb kaum vorkommen wird, weil sich der Kläger regelmäßig der Klage aus dem obligatorischen Rechtsverhältnisse bedienen würde. Doch ließe sich ein Beispiel denken: A vermietet dem B für die Zeit der Hühnerjagd seinen von ihm selbst gemieteten Vorstehhund. Noch bevor er dem B den Hund übergeben kann, läuft dieser dem B zu. B glaubt, A habe ihm den Hund bringen lassen. Nach einiger Zeit läuft der Hund zu A zurück. B klagt auf Herausgabe mit der Begründung, er habe den Hund besessen, der Hund sei ihm abhanden gekommen. A wendet ein, schon vor der Besitzzeit des B sei ihm der Hund abhanden gekommen. Diese Einwandstatsache kann B mit der Replik entkräften, daß er dem A gegenüber nach § 986 zum Besitze berechtigt sei.

Die Geltendmachung dieser Tatsachen durch den Kläger ist genau so zu beurteilen, wie wenn der Beklagte sie zu A—C als Einwendungen, zu D als Einrede gegenüber der Klage aus § 1007 Abs. 2 geltend gemacht hätte. Der Kläger muß sie beweisen, sie wirken aber zu A—C auch dann, die Einwendung des Beklagten ausschließend, wenn sie sich bereits aus seinem eigenen Vorbringen ergeben. Erweisen sie sich als wahr, so steht fest, daß der frühere Besitz des Beklagten einem Rechte

---

[17]) vgl. Gierke, Fahrnisbesitz S. 63; Biermann zu § 1007 Anm. 3d; Kober zu § 1007 Anm. 4 B, 2c S. 430; Planck zu § 1007 Anm. 3b S. 338; and. M. Volk S. 23, der hier ein Leugnen (!) des Klagegrundes erkennen will.

[18]) vgl. Biermann, Planck ebenda; and. M. Gierke, Fahrnisbesitz S. 62f.

[19]) vgl. Endemann Bd. 2, 1 S. 187.

zum Besitze nicht entsprach, oder daß der Beklagte, obwohl ihm die Sache abhanden gekommen war, wenigstens dem Kläger gegenüber nicht zum Besitze berechtigt ist. Das bessere Recht zum Besitze ist deshalb trotz der zunächst dagegen sprechenden Einwandstatsache auf seiten des Klägers. Auch hier handelt es sich nicht um eine Änderung des Klagegrundes, sondern um Geltendmachung von Gegeneinwendungen, die lediglich den Zweck haben, zu erweisen, daß der Beklagte sich seiner Einwendung nicht bedienen kann, weil die dem Sinne des Gesetzes entsprechende Voraussetzung für den Gebrauch: das bessere Besitzrecht auf seiten des Beklagten fehlt.

Will der Beklagte gegenüber der Eigentumsklage Tatsachen, die den Einwendungen aus § 1007 Abs. 2 entsprechen, geltend machen, so ist die Behauptung eigenen Eigentums lediglich ein Bestreiten des Klagegrundes, für das ihm die Vermutung aus § 1006 Abs. 1 zur Seite steht, falls nicht der Kläger unfreiwilligen Besitzverlust nachweist. In diesem Falle müßte der Beklagte sein Eigentum dartun.

Die Behauptung des Beklagten, ihm sei die Sache vor der Besitzzeit des Klägers abhanden gekommen, kann bei der Eigentumsklage ebenfalls nur unter gleichzeitigem Bestreiten des klägerischen Eigentums Bedeutung erlangen. Beweist der Beklagte früheren unfreiwilligen Verlust, so kann der Kläger, da man Satz 2 des § 1006 Abs. 1 analog auch auf Abs. 2 wird anwenden müssen, dem Beklagten gegenüber die Vermutung aus § 1006 Abs. 2 nicht für sich verwenden. Andererseits steht sie dem Beklagten für seine frühere Besitzzeit zu, sein Eigentum gilt als für diese Zeit bewiesen. Infolge des mehrfach erwähnten Rechtsgrundsatzes der Kontinuität eines Rechtszustandes würde dies bis in die Gegenwart wirken, falls nicht der Kläger vollen Beweis für sein Eigentum erbringt.

Gegenüber der Eigentumsklage haben die Einwandstatsachen aus § 1007 Abs. 2 also ebenfalls nur sehr geringe Bedeutung.

VI. Der Inhalt des Anspruchs.

a) Der Klage aus § 985 BGB.

Das Klagebegehren bei der Eigentumsklage geht auf Herausgabe der Sache. Die verlangte Sache muß im Anspruch genau bezeichnet sein. Sollen mehrere Sachen herausgegeben werden, so müssen alle einzeln aufgeführt werden, denn soviel Sachen, soviel einzelne Herausgabeansprüche.

Der Antrag muß jedoch, wie wir sahen, anders gefaßt werden, wenn der Miteigentümer die Klage erhebt; er kann zwar den Anspruch in Ansehung der ganzen Sache geltend machen, doch nur für alle Miteigentümer.[1]) Auch gegen den Miteigentümer selbst kann der Miteigentümer auf Herausgabe klagen, der Antrag hat dann auf Einräumung des Mitbesitzes zu lauten.

Einer besonders gearteten Fassung bedarf der Antrag auch dann, wenn es sich um die Klage gegen den mittelbaren Besitzer handelt. Gegen diesen kann der Kläger nicht auf Herausgabe der Sache selbst, sondern nur darauf klagen, daß der Beklagte ihm seinen Herausgabeanspruch gegen seinen unmittelbaren Besitzer abtrete. Nur dazu ist der Beklagte imstande. Eine etwa drohende Rückgabe der Sache vom unmittelbaren Besitzer an den mittelbaren Besitzer kann der Kläger durch Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung vereiteln.

Würde der Beklagte zur Herausgabe selbst verurteilt werden können, so würde, da er dazu meist nicht imstande sein wird, der Kläger gegen ihn auf Grund des § 283 einen Anspruch auf Schadensersatz erlangen. Planck[2]) weist mit Recht darauf hin, daß solch Schadensersatzanspruch gegen den gutgläubigen mittelbaren Besitzer die Vorschrift des § 993 Abs. 1 Halbsatz 2 zu dessen Nachteil außer Anwendung bringen würde. Schon

---

[1]) vgl. oben S. 25.

[2]) vgl. Planck Bd. 3 zu § 985 S. 300 ff., wo eine sehr eingehende Begründung gegeben wird, insbes. S. 302; and. M. scheint Kober zu sein (§ 1007 Anm. 3c S. 427). Er spricht dort zwar von Anspruch auf Grund des § 1007, fügt aber hinzu, daß es hier ebenso sei wie bei der Eigentumsklage. Auf den Standpunkt Wendts wurde bereits hingewiesen (vgl. S. 26 f.

aus diesem Grunde wäre hier die Verurteilung zur Herausgabe selbst abzulehnen.

Die Verurteilung zur Herausgabe hat zur Folge, daß der Beklagte dem Kläger den Besitz der Sache, d. h. die tatsächliche Sachherrschaft einzuräumen hat. Ist die Herausgabe der Sache unmöglich, so hat der Beklagte Schadensersatz zu leisten, wenn ihn ein Verschulden trifft.[3])

Diese Verpflichtung zum Schadensersatze trifft den Beklagten nicht nur, wenn die Sache durch sein Verschulden zerstört oder untergegangen ist, sondern auch, wenn etwa der Beklagte die Sache, da er sie nicht herausgeben will, unauffindbar verborgen hält.

Neben der Herausgabe der Sache selbst können dem Beklagten jedoch weitere Verpflichtungen obliegen. Diese sind verschiedenen Umfanges, je nachdem, ob der Beklagte in Ansehung seines angeblichen Rechtes auf den Besitz der Sache gutgläubig oder bösgläubig war. Auch hier wieder wird der gutgläubige Besitzer ebenso wie bei dem Ersatzanspruch wegen Verwendungen auf die Sache vom Eintritt der Rechtshängigkeit ab dem bösgläubigen Besitzer in Anbetracht des Umfanges seiner Verpflichtungen gleichgestellt. Sein guter Glaube aber bleibt bestehen, und er erwirbt anders als der bösgläubige Besitzer auf Grund der §§ 955 ff. Eigentum auch an den nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit gezogenen Erzeugnissen und getrennten Bestandteilen der Sache.

Der gutgläubige Besitzer braucht nämlich Nutzungen und Früchte, die er bis zum Beginne der Rechtshängigkeit von der Sache gezogen hat, im allgemeinen nicht herauszugeben. Nur wenn er Früchte gezogen hat, die nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft nicht als Ertrag der Sache anzusehen sind, d. h. meist darüber hinausgehen,[4]) oder wenn er den Nutzungsbesitz unentgeltlich erlangt hat, ist er zur Herausgabe verpflichtet, aber nur nach den Grundsätzen über ungerechtfertigte Bereicherung.[5])

[3]) § 989.

[4]) Planck Bd. 3 zu § 993 Ia S. 315; Cosack (Bd. 2 § 211 V, 1b S. 163) führt als Beispiel an, daß der Nutzungsberechtigte einer Waldparzelle diese entgegen den forstwirtschaftlichen Grundsätzen abgeholzt hat.

[5]) §§ 993 Abs. 1, 988.

Demgegenüber ist die Haftung des Beklagten von dem Zeitpunkte an, in dem der Anspruch rechtshängig geworden ist, oder aber er mit Bezug auf sein Recht zum Besitze bösgläubig geworden ist — beim bösgläubigen Besitzerwerbe also während der ganzen Besitzzeit — sehr weitgehend. Er hat nämlich nicht nur alle Nutzungen und Früchte herauszugeben, die er gezogen hat, sondern ist dem Kläger auch zum Ersatze verantwortlich, falls er schuldhaft Nutzungen nicht gezogen hat, die er „nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft" hätte ziehen können.[6])

Daneben hat er dem Kläger auch Schadensersatz zu leisten für alle Verschlechterungen der Sache, die er verschuldet hat.[7])

Hat der Beklagte sich aber durch verbotene Eigenmacht oder durch eine strafbare Handlung den Besitz verschafft, so haftet er dem Kläger nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 823 ff.[8])

Eine besondere Regelung ist für den Fall vorgesehen, daß der beklagte Besitzer nur Besitzmittler ist. Ist er nämlich bösgläubig, so hat er zwar wie jeder bösgläubige Besitzer dem Kläger allen Schaden zu ersetzen, den die Sache durch sein Verschulden erleidet, die erweiterte Haftung betreffs der Herausgabe der Nutzungen aber tritt ihm gegenüber erst dann ein, wenn auch sein mittelbarer Besitzer bösgläubig oder der Herausgabeanspruch gegen ihn oder seinen mittelbaren Besitzer rechtshängig wird.[9]) Andererseits hat er trotz guten Glaubens schon vom Erwerbe des Besitzes an dem Eigentümer allen Schaden, den die Sache durch sein Verschulden erlitten hat, insoweit zu

---

[6]) §§ 987, 991.

[7]) § 989.

[8]) § 992.

[9]) § 991 Abs. 1. Die Prot. S. 3966 bei Mugdan S. 674 f. geben als Grund an, daß der gutgläubige mittelbare Besitzer gegen etwaige Regreßansprüche seines unmittelbaren Besitzers, wenn dieser dem Eigentümer die Nutzungen herauszugeben hätte, geschützt sein sollte. Vgl. auch Planck Bd. 3 zu § 991, 2b S. 313; Endemann II, 1 § 92 S. 592; in Anm. 27 daselbst meint er, daß dieser Erfolg auch schon auf Grund der §§ 541, 539 erreicht würde, es wäre deshalb nicht nötig gewesen, den Eigentümer so zu benachteiligen. Auf das Bedenkliche dieser Begründung weist auch Leonhard in Eck-Leonhard Bd. 2 S. 174 Anm. 2 hin.

ersetzen, als er seinem mittelbaren Besitzer gegenüber zum Ersatze verbunden wäre,[10]) jedoch in nicht weiterem Umfange, als die Schadensersatzpflicht einen bösgläubigen Besitzer oder einen gutgläubigen nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit treffen würde. Welches Verschulden er dem Kläger gegenüber zu vertreten hat, wird sich also nach dem Grade der Haftung richten, die ihm das zwischen ihm und seinem mittelbaren Besitzer bestehende Rechtsverhältnis auferlegt. Ist er z. B. dessen Entleiher, so wird er für jedes Verschulden, unentgeltlicher Verwahrer, nur für diejenige Sorgfalt zu haften haben, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Ist er aber seinem mittelbaren Besitzer Verwahrer auf Grund eines Gastwirtsvertrages, so wird er, wenn er auch nach § 701 dem Gast, seinem mittelbaren Besitzer, sogar für einen durch Zufall eingetretenen Verlust haftet, dem Kläger doch nur für den Schaden verantwortlich sein, der durch sein Verschulden entstanden ist. Denn nur so weit geht die Haftung des bösgläubigen Besitzers.

Gegenüber diesen Nebenleistungen hat der Beklagte, wenn er die streitige Sache an den Kläger herauszugeben hat, andererseits auch das Recht, Sachen, die er mit der beanspruchten Sache als wesentliche Bestandteile verbunden hat, abzutrennen und zurückzubehalten. Freilich muß er die herauszugebende Sache wieder so herstellen, wie sie vorher war.[11]) Nur dann ist es versagt, wenn die Abtrennung für den Beklagten keinen Nutzen hätte, oder wenn die Verbindung zum Zwecke der gewöhnlichen Erhaltung der Sache zu einer Zeit geschah, für die ihm die Nutzungen der Sache verblieben sind. Sodann kann der Kläger die Ausübung dieses Rechts des Beklagten verhindern, wenn er ihm wenigstens den Wert erstattet, den die abzutrennende Sache für ihn haben würde.

Mit der erlangten Herausgabe der Sache und der Nutzungen und Früchte ist der Erfolg der Eigentumsklage aber erschöpft. Weder wird, wie dies im römischen und gemeinen Recht der Fall war, im Urteil gleichzeitig das Eigentum des Klägers durch das Gericht ausdrücklich anerkannt, noch ist in der Verurteilung

[10]) § 991 Abs. 2.

[11]) § 997 Abs. 1 u. 2.

zur Herausgabe auf Grund des Eigentums selbst eine solche Anerkennung zu finden. Nach § 322 Abs. 1 ZPO. ist nämlich das Urteil nur so weit der Rechtskraft fähig, als es die Entscheidung über den Anspruch selbst trifft. Alle rechtlichen und tatsächlichen Feststellungen, die zu dem Urteil geführt haben, die in den Entscheidungsgründen sich finden, haben danach an der Rechtskraft des Urteils keinen Teil.[12])

Will der Kläger also zugleich mit dem Urteil auf Herausgabe ein Urteil, das sein Eigentum an der Sache feststellt, haben, so muß er gleichzeitig mit der rei vindicatio eine Klage auf Feststellung seines Eigentums an der Sache nach § 256 ZPO. erheben. Eine Feststellungsklage ist aber dann ausgeschlossen, wenn dem Kläger gleichzeitig die Leistungsklage zur Verfügung steht, weil, wenn er die Leistung, die aus einem angeblichen Rechte entspringt, selbst verlangen kann, es einer Feststellung dieses seines Rechts nicht mehr bedarf. Doch ist trotzdem die Feststellungsklage neben einer Leistungsklage sehr wohl möglich. Das rechtliche Interesse an der Feststellung eines Rechts kann weit über den mit der Leistungsklage eingeklagten Anspruch hinausgehen.[13]) Ein solches Interesse wird hier aber vorliegen. Zwar ist es der vornehmlichste Anspruch aus dem Eigentum, der auf Besitz, den der Kläger hier geltend macht, aber gerade weil hier der Grund des Anspruchs, das Eigentum streitig ist, wird hier der Kläger die Feststellungsklage erheben können. Der Kläger hat ein großes Interesse daran, gegen etwaige Angriffe seitens des jetzigen Beklagten gesichert zu sein.[14])

B. Der Klage aus § 1007 BGB.

Auch der Anspruch der Klagen aus § 1007 erschöpft sich in der Verurteilung auf Herausgabe der Sache mitsamt den

---

[12]) Ebenso Mot. S. 396 bei Mugdan S. 220; Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 3 S. 419; Planck Bd. 3 Vorbem. zu 4. Titel 4 S. 299; and. M. Buhl S. 76.

[13]) Das gleichzeitige Bestehen eines Leistungs- und Feststellungsanspruches nebeneinander erkennt auch Wach an; vgl. S. 61 ff.

[14]) vgl. Mot. S. 396 bei Mugdan S. 220; auch Anm. 12.

Nutzungen und Früchten, wobei dieselben Bestimmungen zur Anwendung kommen wie bei der Eigentumsklage.[15]) Der klagende Mitbesitzer muß ebenfalls seinen Antrag auf Herausgabe an alle Mitbesitzer, der Teilbesitzer auf Herausgabe des Sachteiles oder Einräumung des Besitzes daran stellen. Der klagende frühere mittelbare Besitzer hat sein Klagebegehren dahin auszusprechen, daß er Wiedereinräumung des Besitzes an seinen unmittelbaren Besitzer verlangt. Nur dann, wenn dieser die Sache nicht mehr in Besitz nehmen will oder kann, oder wenn der Kläger den Nachweis erbringt, daß das für den früheren unmittelbaren Besitzer damals bestehende Recht erloschen ist, kann er Herausgabe an sich selbst verlangen. Auch mit dieser Klage wird eine Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechts zum Besitze nicht erreicht.[16]) Das Unterliegende, sei es der Kläger oder der Beklagte, kann die Klage aus dem Recht gleichwohl anstrengen.[17]) Auch hier kann eine Feststellungsklage helfen.

VII. Welche Bedeutung kommt der Klage aus § 1007 neben der Klage aus § 985 (§ 1006) zu?

Aus unseren obigen Ausführungen haben wir ersehen, daß der Erfolg der Eigentumsklage derselbe ist wie der der Klagen aus § 1007. Hat der Eigentümer früher den Besitz der Sache gehabt, so wird es ihm daher freistehen, ob er zur Rückerlangung einer Sache aus § 985 oder aus § 1007 klagen will. Auch betreffs des vom Kläger beim Bestreiten des klägerischen Anspruches zu erbringenden Beweises berühren sich beide Klagen, wenn im Eigentumsstreite die Parteien der Vermutungen aus § 1006 zum Beweise ihres Eigentums sich bedienen.[1])

---

[15]) In § 1007 Abs. 2 sind auch die §§ 987 ff. für anwendbar erklärt.

[16]) vgl. Biermann zu § 985 S. 215.

[17]) vgl. Dernburg Bd. 3 § 124 S. 436 zu 6; Eck-Leonhard Bd. 2 S. 195; and. M. Gierke, Fahrnisbesitz S. 65.

[1]) vgl. oben S. 45 ff.

Wer nur hieran denkt, dürfte auch, wie Pflüger[2]) mit einem Schein des Rechts behaupten, § 985 und besonders § 1006 hätten neben § 1007 keine Daseinsberechtigung. Er spöttelt, daß die Eigentumsklage nur um deswillen in das Gesetz übernommen worden sei, weil „die herkömmliche Theorie sich ein Rechtssystem ohne Eigentumsklage nicht zu denken vermöge", und der § 985 deshalb in unser neues Recht sie hinüberretten solle. Allein dieser Spott ist unangebracht. Die Bedeutung des Eigentums im modernen Recht ist eine andere als im deutschen Recht des Mittelalters, auf das Pflüger verweist. Das Recht selbst ist heute in erster Linie von Bedeutung, nicht etwas wie die im deutschen Recht dieses verdeckende Gewere.[3]) Heute steht das Eigentum als das vornehmlichste Recht an der Sache beherrschend im Mittelpunkt des Sachenrechts. Im Eingang[4]) wiesen wir bereits darauf hin, daß dem Eigentum darum auch ein Anspruch, dasselbe wiederherzustellen, entsprechen müsse. Solchen Anspruch zu geben, ist darum nur ein Gebot der Logik. Wäre er tatsächlich überflüssig, so würde dies auf einen Fehler im System hinweisen. Aber er ist es nicht, und auch aus diesem Grunde ist Pflügers Ansicht zurückzuweisen. Er übersieht nämlich, was sich uns bereits im Verlaufe unserer Betrachtung ergab, daß die Eigentumsklage unentbehrlich ist, wenn die Voraussetzung des früheren Besitzes des Klägers aus § 1007 nicht gegeben ist. Als solche Fälle zeigten sich:

Der Eigentumsübergang durch Abtretung des Herausgabeanspruchs, ohne daß damit zugleich mittelbarer Besitz erworben wird.[5])

Dem A z. B. hat ein Dieb ein Buch gestohlen. A überträgt das Eigentum an dem Buche durch Einigung und Abtretung des Herausgabeanspruches an B, der hiermit zwar Eigentum, aber keinen Besitz erlangt, da der Besitz des A durch den Dieb aufgehoben worden war. Oder: das Hausgrundstück des A kommt zur Versteigerung, es wird B zugeschlagen. Vor dem

---

[2]) vgl. S. 453ff.
[3]) vgl. oben S. 4ff.
[4]) vgl. oben S. 1.
[5]) vgl. oben S. 24.

Versteigerungstermin hatte A die Treppenläufer von einem Reinigungsinstitut zur Säuberung abholen lassen. Diese Treppenläufer sind als Zubehör des Hauses von der Beschlagnahme (§ 20 ZVG.) mitergriffen und auch mit versteigert worden (§ 55 Abs. 1 ZVG.). Mit dem Zuschlage aber hat B zugleich mit dem Eigentum an dem Hause das Eigentum an den Treppenläufern erworben (§ 90 ZVG.). Er verkauft die Treppenläufer an C und überträgt diesem das Eigentum. Wenn C nun den Herausgabeanspruch gegen das Reinigungsinstitut geltend machen will, kann er dies nur im Wege der Eigentumsklage, mittelbaren Besitz hatte weder er noch B erlangt.

Der Erwerb des Eigentums an Früchten ohne Besitzergreifung.[6])

Man denke ferner an den Erwerb der Hälfte eines im Grundstück gefundenen Schatzes durch den Eigentümer des Grundstücks.

Eine Reihe weiterer Fälle gibt Gierke in seiner Abhandlung über die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht.[7])

Aber auch dann, wenn der Kläger den Besitz der Sache selbst bösgläubig erworben hatte, durch Einigung mit dem Eigentümer aber nachträglich Eigentümer geworden war, ist die Klage aus § 985 für ihn der einzige Weg, die Sache zurückzuerhalten, da der Klage aus § 1007 die Einwendung aus Abs. 3 entgegenstände. Ebenso kann der Kläger sich nur auf sein Recht stützen, wenn er den Besitz aufgegeben hatte, die Klage aus § 1007 wäre ihm ebenfalls nicht zugänglich.[8])

Pflüger unterschätzt endlich die Bedeutung der Vermutung aus § 1006. Wir wiesen bereits darauf hin, daß die Vermutung keineswegs auf die Anwendung bei der Eigentumsklage beschränkt ist,[9]) sondern in vielen anderen Fällen dem Besitzer einer Sache zustatten kommt. Der Zweck des § 1006 ist überdies für die Eigentumsklage nicht der, ein Angriffsmittel für den früheren, als vielmehr ein Schutzmittel für den gegen-

[6]) vgl. oben S. 41 f.
[7]) Daselbst S. 68.
[8]) Oben S. 53.
[9]) Oben S. 22.

wärtigen Besitzer zu sein. Denn ohne die Vermutung aus § 1006 würde der Besitzer einer beweglichen Sache der Eigentumsklage auf Herausgabe unterliegen, wenn ihm der Nachweis des Eigentums nicht gelänge, der Kläger aber nachzuweisen vermöchte, daß er früher einmal Eigentum erworben hat.[10]) Mit seiner Eigenschaft als Angriffsmittel zeigt § 1006 nur eine Nebenwirkung;[11]) diese hat neben § 1007 eine verhältnismäßig geringe Bedeutung, doch wird sie wichtig, wenn der Eigentümer zwar früheren Besitz gehabt hat, aber keine der beiden anderen Voraussetzungen der Ansprüche aus § 1007 für sich anführen kann. Als Beispiel nennt Cosack[12]) folgenden Fall: Es hat jemand eine Sache „einem Mieter überlassen, dieser hat sie einem unredlichen Dritten übereignet, dieser Dritte endlich hat sie, vielleicht ohne Nennung seines Namens, bei einem redlichen Vierten hinterlegt". Hier kann der Kläger unter Benutzung der Vermutung des § 1006 aus § 985, nicht auch aus § 1007 klagen. Solche Fälle werden nicht häufig sein, das Beispiel zeigt aber, daß dem § 1006 doch noch neben dem § 1007 eine selbständige Bedeutung auch als Mittel zur Erlangung der Herausgabe einer Sache zukommt.

Andererseits können neben der Eigentumsklage die Klagen aus § 1007 für bewegliche Sachen nicht entbehrt werden. Denn fehlt dem früheren Besitzer Eigentum, so kann er — abgesehen von dem Fall, daß ihm etwa der gegenwärtige Besitzer auf Grund eines obligatorischen Schuldverhältnisses zur Überlassung der Sache verpflichtet ist — grundsätzlich nur aus § 1007 auf Herausgabe klagen. Klagt er trotzdem unter Mißbrauch der Eigentumsvermutungen des § 1006 als Eigentümer, so läuft er Gefahr, trotz eines besseren Rechts auf gegenwärtigen Besitz abgewiesen zu werden, wenn der Beklagte nachweist, daß der

---

[10]) vgl. Neumann, BGB. Bd. 1, 1 zu § 1006.

[11]) vgl. die Prot. S. 4052 bei Mugdan S. 698, wo es heißt: Die Vermutung aus § 1006 „bezwecke in erster Linie den Schutz des gegenwärtigen Besitzers, nicht die Erleichterung der Eigentumsverfolgung. Indessen habe sie doch eine solche Erleichterung zur Folge ..."

[12]) vgl. Cosack, Bürgerl. R. Bd. 2 § 212 S. 174; auch Enneccerus-Lehmann Bd. 2 S. 196.

Kläger zur Zeit seines früheren Besitzes nicht Eigentümer war oder es jetzt nicht ist.

Doch auch wenn der Kläger Grund hat, sich für den Eigentümer zu halten, wird die Klage aus § 1007 in der Mehrzahl der Fälle die günstigere sein, insbesondere dann, wenn zwischen dem Kläger und dem Beklagten Dritte die Sache in Besitz gehabt haben. In solchen Fällen muß der Kläger stets mit der Möglichkeit rechnen — selbst dann, wenn er nachweist, daß ihm die Sache abhanden gekommen ist —, daß einer der Zwischenbesitzer originär Eigentum erlangt hat, also sein Eigentum verloren ist. Dies hat bei der Eigentumsklage unbedingt Abweisung zur Folge, bei der Klage aus § 1007 Abs. 2 aber nur dann, wenn der Beklagte eigenes Eigentum nachweist, und bei der aus Abs. 1 ist es überhaupt unbeachtlich.

Im voraus wird es sich, wenn überhaupt beide Klagen anwendbar sind, im einzelnen Falle nicht erkennen lassen, welche von ihnen für den Kläger die größere Aussicht auf Erfolg gewährt, da dies regelmäßig von der Art der Verteidigung des Beklagten abhängt; deshalb dürfte der zweckmäßigste Gebrauch, der sich von einem Anspruch aus § 1007 und dem Eigentumsanspruch machen läßt, der sein, daß man sich bei einer Klage, die auf beide Ansprüche gestützt werden kann, auch beider bedient, beide Ansprüche also im Sinne des § 260 ZPO. verbindet.[13]) Dazu hat der Kläger nicht nötig, sich ausdrücklich auf die entsprechenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches zu berufen, denn iura novit curia. Es genügt, wenn er früheren Besitz und eine der beiden anderen Voraussetzungen des § 1007 behauptet und Eigentum geltend macht. Mit den beiden ersten Tatsachen begründet er eine der Klagen aus § 1007, mit der Geltendmachung des Eigentums die aus § 985. Der Richter muß deshalb, wenn sich nicht etwa aus dem sonstigen Vortrage des Klägers etwas anderes ergibt, annehmen, daß sich der Kläger auf beide Klagegründe, auf einen Anspruch aus § 1007 und auf Eigentum stützen will.

---

[13]) vgl. Planck § 1007 Anm. 8a S. 339; Dernburg, Bürgerl. R. S. 436; Kober § 1007 Anm. 6 S. 430.

Hat der Kläger die Klage zunächst lediglich auf § 1007 oder lediglich auf sein Eigentum gestützt, und macht er nachträglich an Stelle oder neben dem bisherigen den anderen Klagegrund geltend, so liegt darin eine Klageänderung im Sinne der §§ 264, 527 ZPO. Die Verteidigung des Beklagten wird jedoch dadurch kaum jemals wesentlich erschwert werden, die Klageänderung wird deshalb, erfolgt sie noch in erster Instanz, stets gegen den Willen des Beklagten zuzulassen sein; zu einer Änderung in der Berufungsinstanz ist wie immer (§ 527 ZPO.) Einwilligung des Beklagten erforderlich. Es ist ferner eine Klageänderung, wenn sich der Kläger erst auf den in Abs. 1, sodann auf den in Abs. 2 des § 1007 enthaltenen Klagegrund stützt und umgekehrt. Nicht geändert wird jedoch die Klage aus § 985, wenn der Kläger zur Nutzbarmachung der in § 1006 gewährten Eigentumsvermutung erst behauptet, die Sache sei ihm abhanden gekommen, sodann, der Beklagte habe sie nicht in gutem Glauben erworben; denn hier bleibt Klagegrund das Eigentum des Klägers.

Gemäß § 263 ZPO. können die Eigentumsklage und die Klage aus § 1007 BGB. aber auch nebeneinander in besonderen Prozessen erhoben werden, ohne daß der später erhobenen Klage die Einrede der Rechtshängigkeit entgegengesetzt werden könnte. Denn es handelt sich um verschiedene Klagegründe, also nicht um dieselbe Streitsache im Sinne des § 263 ZPO.[14])

Zwei verschiedenartige Klagegründe lassen ein und dasselbe Klagebegehren auch als zwei verschiedene Ansprüche im Sinne des § 322 Abs. 1 ZPO. erscheinen.[15]) Wird mit der Eigentumsklage der Kläger abgewiesen oder der Beklagte verurteilt, so ist damit noch keineswegs der Anspruch aus § 1007 entschieden; ebensowenig entscheidet ein Erkenntnis auf Grund des § 1007 die Eigentumsfrage. Deshalb kann der mit der einen Klage rechtskräftig abgewiesene Kläger noch mit der andern auf Herausgabe der Sache sowie der infolge der einen Klage verurteilte Beklagte mit der andern auf Rückgabe der Sache klagen, ohne daß der im zweiten Prozeß Beklagte die exceptio rei iudicatae

---

[14]) vgl. Petersen zu § 263 Anm. I, 1 u. II.

[15]) vgl. Petersen zu § 322 Anm. 2; vgl. auch oben S. 24 u. 64.

geltend machen könnte.[16]) Beide Parteien müssen sonach, wenn einer der Ansprüche geltend gemacht wird, auch gewärtigen, daß der im Prozeß unterliegende Gegner sofort eine neue Klage auf Grund des anderen Anspruchs erhebt. Diese Gefahr können sie aber von vornherein abwenden, der Kläger, indem er beide Ansprüche verwendet, der Beklagte durch Erhebung der Widerklage.

Wir haben sonach gesehen, daß in vielen Fällen für den Kläger beide Klagen nebeneinander verwertbar sein werden, daß aber daneben jeder einzelnen Klage ihre erhebliche gesonderte Bedeutung zukommt.

---

[16]) vgl. Neumann zu § 1007 Anm. IV, 1.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.